Die Abtretung des Anteils am Nachlasse

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

eingereicht einer

Hohen Juristischen Fakultät

der Universität Tübingen

von

Walter Brösamle,

Referendar am Landgericht in Stuttgart.

Druck und Verlag von Karl Henzler, Nürtingen a. N. 1931.

Die Abtretung des Anteils am Nachlasse

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

eingereicht einer

Hohen Juristischen Fakultät

der Universität Tübingen

von

Walter Brösamle,

Referendar am Landgericht in Stuttgart.

Druck und Verlag von Karl Henzler, Nürtingen a. N. 1931.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Berichterstatter: Professor Dr. Arthur B. Schmidt.
Tag der mündlichen Prüfung: 11. Dezember 1930.

Meinem Vater

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548004_0032

Inhaltsverzeichnis

Seite

I. Einleitung 1

§ 1. Das Problem des Gesetzgebers 1
§ 2. Die Methode 3

II. Die Uebertragung des Anteils am Nachlaß 9

§ 3. Die Verfügungsmöglichkeit über den Anteil am Nachlaß in zeitlicher Beziehung 9
§ 4. Die Verfügungsmöglichkeit des Nacherben über sein Anwartschaftsrecht 15
§ 5. Verfügungsbeschränkungen 17
§ 6. Die Uebertragbarkeit des Auseinandersetzungsguthabens . . 23
§ 7. Die Uebertragbarkeit des Bruchteils am Anteil 31
§ 8. Das dingliche und das obligatorische Geschäft 39
§ 9. Die Verfügungserklärung 45
§ 10. Die Form der Uebertragung des Anteils am Nachlaß . . . 49
§ 11. Der Schutz des guten Glaubens 54

III Die Wirkungen der Uebertragung des Anteils am Nachlaß 64

§ 12. Wird der Erwerber des Anteils am Nachlaß Erbe? 64
§ 13. Vorkaufsrecht 76
§ 14. Der Erbschein 85
§ 15. § 2287 BGB. 90
§ 16. § 86 FGG. 91
§ 17. § 41 Grundbuchordnung 92
§ 18. Die Ausgleichungspflicht 93
§ 19. Familienbilder und -Papiere 94
§ 20. Auskunftspflicht des Testamentsvollstreckers 96
§ 21. Der Erbschaftsanspruch 98

Literaturverzeichnis.

Biery, René: Die Verfügung des Miterben über seinen Anteil am Nachlaß und die Rechtstellung des Erwerbers des Erbteils. Straßburger Diss. 1912.

Binder, Julius: Grundriß des Erbrechts 1923.

Binder, Julius: Rechtsstellung des Erben I. II. und III. Teil 1901-1905.

Binder, Julius: Vermögensrecht und Gegenstand im Archiv für Bürgerliches Recht 34 S. 207 ff.

Böhm: Das Erbrecht des BGB 3. Auflage 1896.

Bohn: Die Württembergische Justizverwaltung 1906.

Brink: Die dingliche Uebertragbarkeit des Miterbenanteils nach allgemeinem Landrecht und nach BGB im ZfGG 8, 236.

Crome: System des Bürgerlichen Rechts 5. Bd. Erbrecht 1912.

Cosack-Mitteis: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. 2 7./8. Auflage 1924.

Cohn: Ueber die Form der Verpfändung von Geschäftsanteilen einer G. m. b. H. und Erbteilen, JW 1913 S. 289 und 301 ff.

Cohn: Die Tätigkeit des Registerrichters bei der Firmenfortführung eines von Todes wegen erworbenen Handelsgeschäfts, JW 1926 S. 486.

Dernburg, Heinrich: Familien- und Erbrecht des Privatrechts Preußens und des Reichs, 4. Auflage 1896.

Dernburg, Heinrich: Deutsches Erbrecht 3. Auflage bearb. von Artur Engelmann 1911.

Eccius: Die Haftung des Erben für Nachlaßverbindlichkeiten. Gruchot Beiträge 43, 808.

Endemann, Fr.: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 8./9. Auflage 3. und 4. Band 1919.

Endemann, Fr.: Die Rechtsstellung des Erwerbers eines Erbanteiles und sein Recht auf Erteilung eines Erbscheins, JW 1910 S. 89 ff.

Endemann, Fr.: Der zehnte Jahrestag des neuen Bürgerlichen Rechts, DJZ 1910 S. 18.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II, 1 von Martin Wolff (Sachenrecht) 1929 nnd II/3 Kipp (Erbrecht) 1928.

Erlanger, Fritz: Miturheberrecht an Schrift-, Ton- und Bildwerken. Tübinger Diss. 1927.

Fitting, Hans: Die rechtliche Natur der Anteile der Miterben nach BGB mit Berücksichtigung des gemeinen und preußischen Rechts. Jenenser Diss. 1901.

Fraeb: Zur Nachlaßbehandlung nach BGB. ZfGG 13, 319.

Grohmann: Ist die Verpfändung eines Anteils an einer Erbengemeinschaft durch einen der Miterben oder seine sonstige Verfügung darüber im Grundbuch eintragbar? ZfGG 3, 821.

Hahn, Paul: Die Verfügungen der Miterben nach dem BGB. Marburger Diss. 1913.

Heck, Philipp: Grundriß des Schuldrechts 1929.

Heck, Philipp: Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz Arch. Ziv. Prax. 112 S. 1.

Huber: System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts 1886/93.

Hörle: Die Nachlaßpflegschaft nach § 1960/1961 BGB. ZfGG 9, 765.

Josef, Eugen: Verfügungen über Erbschaftsanteile, Arch. Ziv. Prax. 99 S. 315.

Josef, Eugen: Streitfragen aus der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Boscher 1916 S. 312.

Josef, Eugen: Verkauf eines Miterbenanteils ohne dessen Uebertragung und die Einwirkung der Gütergemeinschaft auf den Erbschaftskauf, Archiv für Bürgerliches Recht 39 S. 311.

Kress: Erbengemeinschaft nach dem BGB für das Deutsche Reich, 1910.

Klumpp: Das Deutsche Grundbuchrecht und die Württembergischen Ausführungsbestimmungen, 2. Auflage 1905.

Kretzschmar, Ferdinand: Das Erbrecht des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1910.

Kretzschmar, Ferdinand: Verfügungen über einen Erbteil, Recht 1908 S. 265 und 314.

Kretzschmar, Ferdinand: Die Gestaltung der Haftung, wenn der Erblasser Einzelkaufmann war oder einer o.H.G. oder Kommanditgesellschaft als Teilhaber angehörte. ZfGG 17, 13.

Kretzschmar, Ferdinand: Beiträge zum Erbrecht, ZfGG 18 S. 9.

Kretzschmar, Ferdinand: Erbschaftskauf und Erbschein, Archiv für Sächsisches Recht 11, 376.

Krückmann: Nachlese zur Unmöglichkeitslehre, Jehrings Jahrbücher 57 S. 41.

Küntzel: Strohals kritische Bemerkungen über das Erbrecht des BGB. Gruchot 41, 825 und 912 c.

Küntzel: Die Haftung des Erben für Nachlaßverbindlichkeiten. Gruchot 43, 805.

Leonhard, Franz: Kommentar zum BGB 5. Buch, Erbrecht 2. Auflage 1912.

Lehmann, Heinrich: Allgemeiner Teil des BGB 2. Auflage 1922.

Lindemann-Soergel: Kommentar zum BGB 2. Band 1921.

Marcus: Bemerkungen zur Beurkundung und Durchführung gerichtlicher Erbteilungen in Preußen, ZfGG 4, 329.

Marcus: In welcher Weise ist der Erbschein auszustellen, wenn alle bis auf einen auf diesen einen Miterben ihre Anteile am Nachlaß verkauft und übertragen haben? Sind in dem Erbschein die Verkäufer und der Käufer als Miterben oder ist der Käufer als Alleinerbe zu bezeichnen? ZfGG 4 S. 611.

Markus: Ist es, wenn die Aufhebung einer Erbengemeinschaft dadurch erfolgt, alle Miterben bis auf einen diesem ihre Anteile verkaufen und übertragen, notwendig, daß jeder, der hiebei beteiligten minderjährigen Miterben durch einen besonderen Vormund oder Pfleger vertreten werden?

Mayer-Reis: Lehrbuch des Familien- und Erbrechts von H. Meyer, neu bearbeitet von Meyer und Reis, 4. Auflage 2. Bd. 1902.

Meyer, Kurt: Zur Lehre vom Vorkaufsrechte der Miterben am Erbschaftsanteile. Gruchot 51 S. 785.

Mothes: Wie hat die Verpfändung des Anteils am Nachlaß zu geschehen? ZfGG 2, 867.

Nölle, Ernst: Die rechtliche Natur der Erbengemeinschaft, insbesondere die Bestellung eines Nießbrauchs durch Miterben. Heidelberger Diss. 1910.

Oberneck: Das Grundbuchrecht 2. Auflage 1902.

Ostermann, H.: Das Miterbenverhältnis nach dem BGB und dem gemeinen Recht. Diss. Greifswald 1903.

Pelargus: Das Erbrecht des BGB 1899.

Planck: Kommentar zum BGB nebst Einführungsgesetz 5. Band Erbrecht 4. Auflage 1. und 2. Lieferung 1924 und 1926.

Predari: Die Grundbuchordnung 1907.

Preuss, Kurt: Der Erbschaftskauf unter besonderer Berücksichtigung des Erbteilkaufs nach dem BGB. Heidelberger Diss. 1911.

Pringsheim, Fritz: Die Rechtsstellung des Erwerbers eines Erbteils. Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Rechts Heft 33 1910.

Pringsheim, Fritz: Zur Lehre von der Abtretung und Pfändung des Erbteils. Breslauer Diss. 1906.

Pringsheim, Fritz: Ueberweisung des Erbteils zur Einziehung. DJZ 1907 Spalte 879.

Reichsgerichtsrätekommentar: Das BGB mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Erläutert von Busch und Anderen. Band 5, 6. Auflage 1928.

Sydow-Busch und Krieg: Konkursordnung, 14. Auflage 1926.

Sohm: Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung. Archiv für Bürgerliches Recht 28, 199.

Scherer: In welcher Weise soll ein Miterbe sein Erbteil verpfänden? ZfGG 2, 697; 2, 867; 3, 218.

Schlegelberger: Kommentar zum FGG für das Reich und Preußen, 3. Auflage 1927.

Schmale: Können Miterben ihr Miteigentum an Grundstücken ohne Auflassung übertragen? ZfGG 4, 179.

Schmale: Die dingliche Wirkung der Verfügung des Miterben über seinen Anteil am Nachlaß. ZfGG 5, 366.

Staudinger: Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz, 5. Band Erbrecht von Felix Herzfelder, 9. Auflage 1928.

Stettner, Hermann: Das Miterbenverhältnis nach gemeinem Rechte und dem Rechte des BGB für das Deutsche Reich. Greifswalder Diss. 1903.

Stohwasser, Otto: Die Verfügung über Miterbenanteile nach § 2033 BGB. Leipziger Diss. 1908.

Strohal, Emil: Das Deutsche Erbrecht auf Grundlage des BGB 3./4. Auflage 1. und 2. Band 1903/04.

Strohal, Emil: Anteil am ungeteilten Nachlaß und Erbschein. Festschrift zum 70. Geburtstag Otto Gierkes S. 917. 1911.

Trobsch: Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Miterben. Leipziger Diss. 1916.

Warneyer: Kommentar zum BGB 1923/27.

Weissler, Adolf: Das Nachlaßverfahren. Herausgegeben von Dr. Fr. Weissler 1920.

Wendt: Verfügungen über Erbschaftsanteile. Arch. Ziv. Prax. 89. Band S. 420.

Wolff, Rudolf: Die Erbengemeinschaft nach dem BGB. Greifswalder Diss. 1910.

Materialien.

Mugdan, B. Die gesammelten Materialien zum BGB.

Zusammenstellungen der gutachtlichen Aeußerung zum Entwurf eines BGB

Abkürzungen.

KGBl = Blätter für Rechtspflege im Bezirk des Kammergerichts.

BOLG Sammlung = Sammlungen von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen.

DJZ = Deutsche Juristenzeitung.

Boscher = Zeitschrift für Freiwillige Gerichtsbarkeit und Gemeindeverwaltung in Württemberg.

Annalen = Annalen des Königlich Sächsischen Oberlandesgerichts Dresden.

OLG = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann.

KGJ = Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der Freiwilligen Gerichtsbarkeit.

RJA = Entscheidungen in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichsjustizamt.

Ring = Fortsetzung von KGJ und RJA.

Seuff. Arch. = Seufferts Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Gruchot = Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.

Recht = Das Recht. Herausgegeben von Lindemann und Soergel.

JW = Juristische Wochenschrift.

JR = Juristische Rundschau.

ZfGG = Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat sowie Zwangsversteigerung.

Zstllg. = Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen zu dem Entwurf eines BGB.

I. Allgemeines.

§ 1. Das Problem des Gesetzgebers.

Bei der Schaffung des BGB war eine einheitliche Kultur- und Wirtschaftsform für das Gebiet für das seine Normen gelten sollten nicht vorhanden. Dementsprechend war auch schon Streit über die Zielsetzung des Gesetzgebers selbst, das heißt darüber, welche Interessen der Gesetzgeber schützen sollte. Es lassen sich drei Interessengruppen feststellen.

a) Die genossenschaftliche Interessengruppe, die eine Regelung im Sinne der alten deutschen Erbengemeinschaft getroffen haben wollte. Der Hauptrepräsentant dieser Interessengruppe waren die landwirtschaftlichen Vertretungen.[1])

b) die individualistische Gruppe, die einen möglichst raschen Uebergang der Nachlaßgegenstände ins Vermögen der einzelnen Miterben erstrebte, was durch Zerfall der Erbschaft in die den einzelnen Miterben an den einzelnen Nachlaßgegenstände gebührenden Anteile erreicht werden sollte.[2]) Auf demselben Standpunkt standen auch diejenigen die aus der — übrigens richtigen — Subsumption der Miterbengemeinschaft unter die communio incidens die Forderung der Gruppe b als begriffliches Ergebnis ableiteten.[3])

c) die Gruppe der Nachlaßbeteiligten im weiteren Sinn, d. h. der am Schicksal des Nachlasses nicht als Erben, sondern aus andern Gründen Interessierten. Dazu gehören die Nachlaßgläubiger und die Erben, die Aufwendungen für den Nachlaß

[1]) Vgl. Bd. 6 S. 672 der gutachtlichen Aeußerungen zum Entwurf eines BGB (Westfälischer Bauernverein). Ferner Zustllg. Bd. 5 S. 211 (Preuß. Landesökonomiekollegium).

[2]) E I 2051.

[3]) Vgl. Verhandlungen des deutschen 20. Juristentags 1 S. 199 Gutachten von Gosack.

gemacht haben. Ferner gehören dazu auch die Nachlaßschuldner, die durch den Erbfall ohne ihr Zutun nicht plötzlich mehrere selbständige Gläubiger haben wollen. Das war die Regelung des preußischen allgemeinen Landrechts und der Standpunkt der Wissenschaft.[1])

Die drei Gruppen stehen in ihren Bestrebungen alle unter sich in Widerspruch. Zwar erscheint sowohl vom Standpunkt der Gruppe a wie der Gruppe c die Organisation der Erbengemeinschaft als Gemeinschaft zur gesamten Hand erforderlich, aber die Gruppe a erstrebt eine Erbgemeinschaft auf Grund der Blutverwandtschaft und im Interesse der Erhaltung des Nachlasses aus familienpolitischen Gründen. Sie ist genossenschaftlich eingestellt und verlangt eine Erbengemeinschaft als Gesamthand auf die Dauer. Die Gruppe c ist weit von dieser Auffassung entfernt, ihr genügt es, wenn der Nachlaß bis zur Befriedigung der von ihr vertretenen Interessen als Sicherheitsfonds zusammengehalten wird. Sie erstrebt eine Zusammenhaltung des Nachlasses, kurz gesagt, nur zum Zwecke seiner Liquidation. An der Einheitlichkeit des Nachlasses für die Dauer aus familienpolitischen und ähnlichen Gründen hat die Gruppe c keinerlei Interesse. Die Gruppe b und c gleichen sich darin, daß sie beide individualistisch sind.

Der erste Entwurf des BGB stellte sich in seinem § 2051 auf den Standpunkt der Gruppe b.

Der zweite Entwurf stellt sich auf den Standpunkt der Gruppe c. Dieser wurde Gesetz.

Es ist also nicht richtig, daß das BGB dem deutschrechtlichen Gedanken der Erbengemeinschaft zur gesamten Hand zum Sieg verholfen haben, wie meistens behauptet wird.[2]) Die Erbengemeinschaft des BGB, wie die des Preußischen Allgemeinen Landrechts sind in Wahrheit keine genossenschaftlichen Gemeinschaften des alten deutschen Rechts,[3]) sie sind eine Zweckmäßigkeitsschöpfung des individualistisch eingestellten modernen Rechts. Daß das BGB im Gegensatz zu der Regelung der Gesellschaft und ehelichen Gütergemeinschaft bei der Regelung

[1]) Vgl. Zstllg. 5 S. 133 (Gutachten vonGierke) und Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentags 4 S. 309 und Seite 314.
[2]) Für viele Endemann S. 1003.
[3]) Vgl. insbes. ALR. I, 17, 117; I 9, 382 und § 2033 Abs. 1 2042 Abs. 1 BGB.

der Erbengemeinschaft von individualistischen Gesichtspunkten ausgeht, beweist insbesondere der § 2033 Abs. 1, durch den der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht hat, daß er das Interesse des einzelnen Miterben an der sofortigen Verwertung seines Nachlaßanteils höher stellt als das Interesse des Zusammenhalts der Erbengemeinschaft in persönlicher Beziehung. Die Vorschriften, die der Gesetzgeber erlassen hat, um der Gruppe a entgegen zu kommen, ändern daran nichts; denn sie sind von sehr schwacher Wirkungskraft[1]) und werden teilweis durch andere Bestimmungen wieder illusorisch gemacht.[2])

Das Ergebnis dieser Erörterung ist, daß nichts im Wege steht, die Erbengemeinschaft des BGB als Gesamthandsgemeinschaft zu bezeichnen, daß man sich aber immer bewußt sein muß, daß damit nur eine Formulierung getroffen ist. Schlüsse zur Ausfüllung von Lücken des Gesetzes können aus dieser Formulierung nicht gezogen werden, da der normative Inhalt dieser Gesamthand ein anderer ist als der der übrigen Gemeinschaften zur gesamten Hand.[3])

§ 2. Die Methode.

Die Folge der in § 1 dargelegten Tatsachen und die erst nachträgliche Zulassung der Uebertragbarkeit des Anteils am Nachlaß ohne organische Einarbeitung dieses Instituts in das BGB ist ein lückenhaftes und nicht immer eindeutiges Gesetz, das in der Praxis wie in der Theorie Anlaß vieler Streitfragen geworden ist. Es mag zunächst überflüssig erscheinen, in dieser Arbeit über die Methode zu handeln.[4]) Allein es zeigt sich, daß viele der entstandenen Streitfragen sich auf einen Streit um die Methode zurückführen lassen. Damit ist die Gruppe der Autoren gemeint, die auf dem Standpunkt steht, daß bei der Lösung der bestehenden Probleme von der rechtlichen Natur des Anteils am Nachlaß auszugehen und daher zum Zweck der Lösung der Einzelfragen zuerst die rechtliche Natur des Anteils am Nachlaß

[1]) Vgl. § 2044 und 2049 BGB.
[2]) Endemann S. 1004.
[3]) RG. 65, 236. „Die Natur der Gesamthand ist an sich unsicher und unbestimmt; sie kann in den verschiedenen Gemeinschaften zu verschiedener Ausbildung gelangt sein und gewinnt eine feste Gestaltung nur nach Maßgabe der konkreten Bestimmungen für das einzelne Gesamtverhältnis."
[4]) Vgl Heck Arch. f. Ziv. Praxis Bd. 112 S. 1 ff. insbesondere S. 8.

zu bestimmen sei.[1]) Teils geschieht dies ohne Begründung als selbstverständlich; eine Begründung unternimmt Pringsheim. Daß diese Methode nicht selbstverständlich ist, bedarf keiner Erörterung. Indessen ist auch die von Pringsheim gegebene Begründung nicht stichhaltig. Sein Vorwurf, die Interessenjurisprudenz sei nicht der Logik unterworfen, ist nicht berechtigt. Die Interessenjurisprudenz arbeitet nur mit anderen Größen. Anstatt mit abstrakten Begriffen arbeitet sie mit Bewertungsgrößen, die der Gesetzgeber bei Schaffung des Gesetzes zum Ausdruck gebracht hat. Innerhalb ihres Schlußgebäudes ist die Interessenjurisprudenz selbstverständlich streng der Logik unterworfen.[2]) Zweckmäßigkeit des Ergebnisses in logischer Uebereinstimmung mit dem Gesetz läßt sich nur durch Anwendung der Methode der Interessenjurisprudenz erreichen.[3]) Gegen die begriffsjuristische Methode muß aber vor allem der Einwand erhoben werden, daß es gerade aus Gründen der Logik nicht angeht, aus dem Gesetz zum Zwecke der Lückenausfüllung Begriffe (Größen) zu konstruieren, an die der Gesetzgeber gar nicht gedacht hat, und die daher im Gesetz nicht enthalten sind. Man kann aus dem Gesetz eben nicht mehr entnehmen, als es enthält. Gerade die Entstehungsgeschichte des § 2003 BGB spricht klar gegen diese Inversionsmethode.[4]) Bei der Schaffung des Gesetzes ging der Gesetzgeber von bestimmten typischen Interessenkonflikten aus und hat diese nach Maßgabe seiner Bewertung geregelt. Bei den Konflikten, die er nicht geregelt hat, ist die ehrlichste und gesetzestreueste Auslegung diejenige, die sich fragt, welchem der geregelten Interessenkonflikte der nicht geregelte am nächsten liegt, und die nach den Gesetzen der Logik dem ungeregelten Interessenkonflikt eine Bewertung

---

[1]) Hahn § 4. Fitting § 1. Pringsheim „Rechtsstellung" § 1 Pringsheim Diss. § 1 S. 2. So Fitting: „die genaue Fesstellung der eigentlichen Natur des Miterbenanteils muß die Voraussetzung und den Ausgangspunkt bilden bei der Untersuchung einzelner bei der Regelung des Miterbenverhältnisses aufstoßender Fragen, so auch z. B. bei der Verfügung des Miterben über seinen Anteil am Nachlasse". Und Pringsheim „Rechtsstellung": „Zur Lösung der Zweifel über die Verteilung der Befugnisse und Pflichten muß auf die Natur des Anteils am Nachlaß zurückgegangen werden".

[2]) Ein einfaches Beispiel im § 3 Anm. 6 unserer Darstellung.

[3]) And. Ansicht Pringsheim Rechtstellung § 1 S. 2/3.

[4]) Ausdruck von Heck; vgl. Heck Schuldverhältnisse § 479 Anm. 2 u. 3. Vgl. insbesondere Prot. V/837: „Es seien des praktischen Bedürfnisses wegen die juristischen Schwierigkeiten zu überwinden."

zuteil werden läßt, die der Wertung des Gesetzgebers beim geregelten Fall entspricht.

Mit diesen Ausführungen soll nicht die Nützlichkeit einer Definition des Anteils am Nachlaß überhaupt bestritten werden. Eine Definition kann durchaus anerkennenswerte Ziele verfolgen. (Lösung des Formulierungsproblems).[1]) Es muß aber betont werden, daß eine Definition nicht zur Ausfüllung einer Lücke des Gesetzes verwertbar ist (Lösung des Normativproblems). Daraus ergibt sich, daß die Bildung einer umfassenden und genauen Begriffsbestimmung erst nach Ausfüllung aller Gesetzeslücken auf dem Wege der Interessenjurisprudenz gegeben werden kann; ferner daß die Lösung des Formulierungsproblems sich auf die Lösung des Normativproblems gründen muß und endlich, daß das Formulierungsproblem dem Normativproblem an Bedeutung weit nachsteht.

Der Streit um die Rechtsnatur des Anteils am Nachlasse geht dahin, ob dem Miterben ein Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen zustehe oder nur an dem Nachlaß als Ganzem; speziell bei der Abtretung, ob abgetreten wird die Summe der Anteile an den einzelnen Nachlaßgegenständen[2]) oder nur der Anteil am Nachlaß als Ganzem.[3]) Daß mit der einen oder anderen Beantwortung der Frage für die vorhandenen Normativprobleme nichts gewonnen ist,[4]) wird bei den einzelnen Anwendungsversuchen von uns später dargelegt.[5]) Hier sei nur in aller Kürze ausgeführt, daß der ganze Streit ein Streit um Worte ist:

> Diejenigen, die leugnen, daß der Miterbe einen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen habe, können natürlicherweise die anteilsmäßige Mitberechtigung des Miterben bei der Verwaltung des einzelnen Nachlaß-

---

[1]) Heck Schuldverhältnisse S. 471 zu 1 b und zu S. 7 oben der Darstellung; Heck S. 471 zu 1 a.

[2]) Pringsheim Rechtsstellung S. 28. Schweitzer DJZ 1900 S. 393 Kammergericht ZfGG V S. 119.

[3]) Hahn S. 10. Schmale ZfGG IV S. 179.

[4]) So sagt Pringsheim selbst (DJZ 1907 Sp. 879/80) daß es für die Frage, ob der Anteil am Nachlaß in Höhe einer bestimmten Summe zur Einziehung überwiesen werden könne, gleichgültig sei, ob man einen Anteil des Miterben an den einzelnen Nachlaßgegenständen leugne oder nicht.

[5]) Vgl. unten folg. S. der Abhandlung; 29 Anm. 2 und 3; 79 Anm. 5; 69 Anm. 2; 85 Anm. 4; 111 Anm. 1.

gegenstands und der Verfügung über ihn nicht leugnen. Sie können nur behaupten, daß ein bestimmter Bruchteil am einzelnen Nachlaßgegenstand dem Miterben nicht zustehe. Das ist aber ein Schluß, der unschwer aus § 2032, 2039 und 2040 BGB zu ziehen ist und der von denen, die der Ansicht sind, daß dem einzelnen Miterben ein Anteil auch an den einzelnen Nachlaßgegenständen zustehe, mit eben demselben Inhalt, nur mit etwas anderer Bezeichnung gezogen wird. Denn letztere Ansicht kann wiederum ihrerseits nicht behaupten, daß die Anteile des Miterben an den einzelnen Nachlaßgegenständen gewöhnliche Bruchteilsanteile seien, sonst würde sie sich mit dem klaren Wortlaut der §§ 2032, 2039, 2040 in Widerspruch setzen. Da das Gesetz selbst in § 2033 Abs. 2 die Mitberechtigung des einzelnen Miterben am einzelnen Nachlaßgegenstand als Anteil bezeichnet,[1]) kann auch von uns die Mitberechtigung des Miterben am einzelnen Nachlaßgegenstand als Anteil bezeichnet werden.

Ein wahrer Mißbrauch wird endlich mit Zitaten aus der Praxis getrieben. So ist es schon falsch, die Präjudizien des preußischen Obertribunals[2]) anzuführen; denn diese besagen in durchaus negativer Formulierung nur, daß dem Miterben an dem einzelnen Nachlaßgegenstand ein Anteil von der Art, daß er als ein „besonderes Eigentum“[3]) des Miterben anzusehen wäre, nicht

[1]) Die Einen (Pringsheim a.a.O.) leiten aus § 2033 Abs. 2 ab, daß das Gesetz damit ein Bruchteilseigentum am einzelnen Nachlaßgegenstand festlege. Die Andern (Endemann JW 1921 I S. 581) sagen, es liege ein Versehen des Gesetzgebers vor. Letztere Ansicht ist deswegen unhaltbar, weil auch in § 719 und § 1442 ausdrücklich von einem Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen die Rede ist und weil es widersinnig wäre, dem Miterben die Verfügung über einen Anteil zu verbieten, wenn ihm ein solcher gar nicht zustände (Bayr. OLG in OLG 41, 55). Die erstere Ansicht läßt wie ausgeführt, die §§ 2032, 2039, 2040 außer Acht.

[2]) Abgedruckt bei Dernburg Preuß. Privatrecht S. 703 Anm. 4.

[3]) Dies übersieht auch RG 88, 22, wo gesagt ist, daß das bezeichnete Vorbild, nämlich das Preuß. Allg. Landrecht gegen die Annahme spreche, daß dem Miterben vor der Auseinandersetzung auch ein Anteil am einzelnen Nachlaßgegenstand zustehe. Wie RG Dernburg, (Erbrecht S. 509 Anm. 7) wenn er behauptet die prinzipielle Auffassung des BGB sei eine andere, als die des Preuß. Allg. Landrechts. Das BOLG (Recht 1903 S. 432 Nr. 2299) spricht davon, daß dem Miterben ein bestimmter Anteil nicht zustehe, über den er allein verfügen könnte; ebenso KG Ring 14 S. 77; von quotita-

existiere und daß deshalb der Miterbe z. B. eine Hypothek auf seinem Anteil am Nachlaßgrundstück nicht bestellen könne, solange die Erbengemeinschaft besteht, eine Tatsache, deren Richtigkeit von beiden Ansichten angesichts des § 2033 Abs. 2 und § 2040 Abs. 1 nicht bezweifelt werden kann.[1])

Was die Berufung auf das Reichsgericht anlangt, so ist Tatsache, daß das Reichsgericht seine Auffassung gewechselt hat. Es muß aber betont werden, daß das Reichsgericht mehrfach darauf hingewiesen hat, daß es sich um ein Formulierungsproblem handelt, so wenn es erklärt, daß es auf die Entscheidung über die Natur des Anteils bei Lösung des dem Reichsgericht gerade vorliegenden Normativproblems nicht ankomme;[2]) ferner daß auch bei der Ansicht, die ein quotales Miteigentum leugne, immer noch Raum sei für die Behauptung, daß dem einzelnen Miterben ein Anteil am einzelnen Nachlaßgegenstand zustehe.[3])

Will man eine positive Formulierung geben, so ist allein eine solche zutreffend, in der beide Elemente, einmal die anteilsmäßige Mitberechtigung und dann die Gebundenheit bei Verwaltung und Verfügung hinsichtlich

---

tivem Miteigentum des Miterben an den einzelnen Nachlaßgegenständen spricht KG Seuff.Arch. 56, 38. Vgl. auch RG 68, 412, wo der Anteil des Miterben an den einzelnen Nachlaßgegenständen als „unpraktisch" bezeichnet wird. Das BOLG spricht (ZfGG 21 S. 339 Nr. 282) von einem „stillgelegten" Anteil.

[1]) Vgl. RG 88, 22. 88, 22.

[2]) So RG bei der Frage Anm. 6 der vorhergehenden Seite.

[3]) So wörtlich RG 65, 232 über die Entscheidungen die einen Anteil am einzelnen Nachlaßgegenstand geleugnet hatten: „Ueber die Verneinung des quotalen Miteigentums hinaus braucht die Tragweite dieser Entscheidungen nicht zu gehen. Auch nach ihnen bleibt immer noch Raum für eine unmittelbare Berechtigung des einzelnen Gesellschafters an dem einzelnen Gesellschaftsgegenstand." Dementsprechend spricht RG 94, 242 bei dieser Frage von einer Umschreibung des Wesens des Anteils. Bis heute hat das RG seine in 65, 232 dargelegte Ansicht wiederholt bestätigt (vgl. RG 94, 242; 90, 235; 88, 22: 84, 110). Die Formulierung, die das RG gibt, ist klugerweise wie schon die des preußischen Obertribunals und auch heute die des RGR Komm. Anm. 5 zu § 2033 eine negative. Sie lautet: Dem Miterben steht auch ein Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen zu; einem Bruchteilsrecht steht er aber nicht gleich (vgl. RG 94, 242; 84, 110). Einen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen leugneten RG 67, 78; 56, 432; 54, 280; 25, 256.

des einzelnen Gegenstands zum Ausdruck kommt[1].) Innerhalb dieses Erfordernisses ist die Formulierung frei. Sie kann etwa lauten: Der Anteil des Miterben am einzelnen Nachlaßgegenstand ist gesamthänderisch gebunden und daher nicht Gegenstand des Rechtsverkehrs. Dieses Ergebnis ist aber nichts anderes als die wörtliche Auslegung der §§ 2032, 2039, 2040 in Verbindung mit 2033 Abs. 2, § 741, 1442. Daraus erhellt, daß dem Streit um die Natur des Anteils am Nachlaß nicht die Bedeutung zukommt, die ihm vielfach beigemessen wird.[2])

[1]) In dieser Richtung geht schon Grohmann ZfGG 3, 821, sich auf Nagler (Sächs. Arch. 1900 S. 712) berufend. Ebenso Kipp S. 269/270 und Dernburg Erbrecht, S. 509 Anm. 7. RG 88, 22 betont, daß diese Ansicht von gewichtiger Seite komme.

[2]) Daß es nur ein Streit um die Formulierung ist, geht aus Endemanns eigenen Worten (JW 1921 I S. 581) hervor: „Wenn der Anteil kein Bruchteil ist, so läßt sich nicht ermessen, was für eine Art von Recht er sein sollte; stillgelegter, mittelbarer oder unmittelbarer Anteil sind Ausdrücke ohne materiell rechtlichen Inhalt."

II. Die Uebertragung des Anteils am Nachlaß.

§ 3. Die Verfügungsmöglichkeit über den Anteil am Nachlaß in zeitlicher Beziehung.

Der Anteil am Nachlaß im Sinne des § 2033 entsteht mit dem Erbfall und dem Vorhandensein mehrerer Erben.[1]) Er besteht mindestens solange wie die Erbengemeinschaft selbst. Die Erbengemeinschaft aber geht einmal dadurch unter, daß sich die Miterben auseinandersetzen, d. h. unter Aufgabe ihrer Anteile am Nachlaß die Nachlaßgegenstände in ihr Alleineigentum überführen.[2]) Die Erbengemeinschaft erlischt ferner dadurch, daß ein Miterbe oder Dritter alle Anteile am Nachlaß erwirbt.[3]) In beiden Fällen besteht eine Möglichkeit, über einen Anteil am Nachlaß zu verfügen, nicht mehr.[4])

Eine Auseinandersetzung im Sinne des BGB[5]) liegt nur dann vor, wenn der Anteil am Nachlaß untergehen soll, oder dann, wenn Nachlaßgegenstände aus dem Nachlaß ausgeschieden werden sollen mit der Maßgabe, daß sie oder ihr Gegenwert[6]) zur freien Verfügung an die einzelnen Miterben verteilt werden.[7])

---

[1]) § 2032.

[2]) KG KGBl. 25, 49; KGJ 52, 273; Kipp S. 274; OLG Hamburg OLG 29, 241; RG im Recht 1916 Nr. 290; Pringsheim Rechtsstellung S. 41.

[3]) Sich widersprechend KGJ 52, 273 „Die Erbengemeinschaft kann nur durch Auseinandersetzung ihr Ende finden »und« als er die gesamte Erbschaft erworben hatte (mittelbar durch Erwerb aller Anteile, hörte naturgemäß die Erbengemeinschaft auf." Zustimmend KG OLG 30, 179.

[4]) Diese auch dann nicht, wenn manche der übernommenen Anteile belastet sind und insoweit noch berücksichtigt werden müssen. Vgl. dazu das S. 16 Gesagte.

[5]) Die Trennung zwischen Auseinandersetzung im Sinne des BGB und im Sinne des FGG findet darin ihre Berechtigung, daß das BGB die materiellrechtliche Seite, das FGG das Verfahren behandelt. Vgl. auch § 9 der Darstellung.

[6]) Vgl. RG 93, 334 (Kaufpreisforderung).

[7]) Vgl. OLG Karlsruhe ZfGG, 21, 211.

Scheidet ein Anteilsinhaber durch Teilauseinandersetzung für seine Person aus,[1]) d. h. verkauft er nicht[2]) seinen Anteil, sondern läßt sich Nachlaßgegenstände in Höhe des Anteilswerts ausfolgen[3]) mit der Maßgabe, daß sein Anteil am Nachlaß erlöschen soll, so wächst den übrigen Anteilsinhabern im Verhältnis der Größe ihrer Quoten die Quote des Ausscheidenden zu.[4]) Dadurch, daß hier das Anteilsrecht des Ausscheidenden erlischt[5]) und die Anwachsung zu Gunsten der andern Anteilsinhaber erfolgt, gehen etwaige an dem Anteil des Ausscheidenden bestehende Rechte Dritter unter. Eine andere Frage ist aber, ob in diesem Fall die Auseinandersetzung überhaupt wirksam ist.[6]) Bei der Sachabschichtung besteht ein Anteil am Nachlaß im Sinne des § 2033 so lange, als noch irgend ein gemeinschaftlicher Gegenstand vorhanden ist.[7]) Endemanns Annahme, daß, wenn nur noch eine Forderung oder ein anderes Einzelrecht zum Nachlaß gehöre, Bruchteilsgemeinschaft an diesem entstehe,[8]) entbehrt jeden Anhaltspunkts im Gesetz. Ist die Auseinandersetzung tatsächlich erfolgt, so können die Miterben oder ein Teil von ihnen durch Vereinbarung eine Erbengemeinschaft nicht mehr herstellen, da die Erbengemeinschaft als Folge eines bestimmten Tatbestands von Gesetzes wegen eintritt und nicht durch Parteiwillen begründet werden kann[9]), vollends nicht durch bloße Aufhebung des Teilungsvertrags.[10]) Wollen die seitherigen Anteilsinhaber, die auf Grund ihres Anteils erhaltenen Gegenstände in Zweckgemeinschaft weiter ausnützen, so müssen sie eben eine Gesellschaft nach BGB oder HGB gründen. Schwieriger und sehr bestritten ist die umgekehrte Frage, ob, wenn

[1]) Was durchaus möglich ist; KG OLG 4, 119; OLG Colmar ZfGG 5, 638.
[2]) BOLG Sammlung 4, 28. RG Recht 1911 Nr. 3490; KG OLG 24, 109; OLG Dresden Quellen 28, 234. Vgl. RG im Recht 1911 Nr. 3490 wo dieser Vorgang auch als Erbabfindung bezeichnet wird.
[3]) Hier ist Auflassung nötig. OLG Karlsruhe ZfGG 21. 211.
[4]) Von Gesetzes wegen § 738 Satz 1 in analoger Anwendung.
[5]) OLG Stettin in OLG 26, 298. KGJ 52, 273; Pringsheim Rechtsstellung S. 43.
[6]) Wegen § 1276 BGB.
[7]) KGBl 25, 49 KGJ 52, 273; RGRK 2042, Anm. 1; OLG Colmar ZfGG 5, 638.
[8]) Daß an einem Einzelrecht (Endemann S. 1026) nur eine Bruchteilsgemeinschaft existieren können soll, ist unverständlich. Endemann versucht dies auch nicht zu beweisen.
[9]) KG JR 1927 II. Teil Nr. 481; OLG Colmar, Zeitschr. des deutschen Notariatsvereins 1909 S. 614; Schröder, Rhein. Not. Z. 26, S. 71; OLG Dresden Annalen 28, 234. OLG Karlsruhe ZfGG 21, 211.
[10]) KG in OLG 5, 357.

die Miterben ein ererbtes Geschäft, evtl. unter Fortführung der alten Firma und ohne zunächst an eine Auseinandersetzung zu denken, weiterbetreiben, noch eine Erbengemeinschaft oder nicht vielmehr eine Gesellschaft des BGB oder eine o.H.G. vorliegt. Für den Fall, daß es sich um einen Eintritt seitens der Miterben in eine Gesellschaft nach BGB, an der der Erblasser beteiligt war, handelt, wird dies später begründet und bejaht. Vgl. § 5 S. 22 der Darstellung). Die Entscheidung kann indessen auch hier nicht anders lauten; zwar kann hier nicht behauptet werden, daß in der Fortführung eines ererbten Geschäfts immer der Abschluß eines Gesellschafts- oder o.H.G.-Vertrags zu erblicken sei[1]). Es kann gut sein, daß die Miterben das Geschäft aus Gründen der Auseinandersetzung nach § 2046 folgende BGB[2]) längere Zeit gemeinsam betreiben, und insolange sie das tun, gehört das Geschäft ihnen als Miterben. Ob also ein stillschweigender Gesellschaftsvertrag oder ein o.H.G.-Vertrag wirklich vorliegt, ist Sache der Auslegung nach Lage der tatsächlichen Verhältnisse des einzelnen Falls.[3]) Ergibt aber die Auslegung, daß tatsächlich ein Gesellschaftsvertrag oder o.H.G.-Vertrag vorliegt, d. h., daß die Miterben das Geschäft nicht mehr im Hinblick auf eine Auseinandersetzung nach Erbrecht, sondern als Erwerbsquelle nach Gesellschaftsgrundsätzen und im Hinblick auf eine Auseinandersetzung nach Gesellschaftsrecht betreiben, dann liegt darin eine Auseinandersetzung und insoweit das Ende der Erbengemeinschaft.[4]) Der Anteil am Geschäft fällt damit nicht mehr unter den Nachlaß. Dadurch, daß die Miterben nicht mehr als solche an diesem Teil der Nachlaßgegenstände beteiligt sein wollen, sondern als Gesellschafter nach BGB oder Gesellschafter einer o.H.G., nehmen sie diesen Teil der Gegenstände aus dem Nachlaß heraus und stellen ihn anteils-

---

[1]) Vgl. die in Zeitschrift des Deutschen Notariatsvereins 1926 S. 490 genannten Entscheidungen.

[2]) Daß das immer der Fall ist, wenn die Miterben die Geschäfte nicht gleich als Abwicklungsgeschäfte tätigen, kann nicht behauptet werden. Cohn JW 1926, 481.

[3]) Möglich insbesondere auch bei Sachabschichtung und Ausscheiden nur eines Teils der Miterben. Vgl. hiezu auch KG OLG 4, 454, das in der Weiterführung regelmäßig einen Gesellschaftsvertrag erblickt.

[4]) Mit Recht erklärt RG 117, 257 falls sich beim Nachlaß ein Grundstück befindet, Auflassung für notwendig und schaltet den öffentlichen Glauben des Grundbuchs dann aus, wenn die Miterben ohne Hinzutritt Dritter Gesellschafter werden. Ebenso KG ZfGG 19 S. 96.

mäßig jedem Einzelnen nach Gesellschaftsrecht zur Verfügung. Dabei darf nicht die Tatsache irre machen, daß ein derartiger Vertragsschluß unter Umständen stillschweigend erfolgen kann[1]) ebenso die Uebertragung der einzelnen Vermögensteile des Geschäfts äußerlich nicht immer in Erscheinung zu treten braucht[2]), da es bei beiden, Erbengemeinschaft und Gesellschaft oder o.H.G. an den einzelnen Gegenständen gleichermaßen nur Gesamthandeigentum gibt und die Personen dieselben sind.[3]) Ferner auch nicht der Umstand, daß der einzelne Miterbe nunmehr über die Gegenstände, die jetzt Gesellschaftsvermögen werden, nicht einmal mehr mittelbar durch Uebertragung des Gesellschaftsanteils verfügen kann. Diese Tatsache erklärt sich lediglich daraus, daß die auf Grund der Auseinandersetzung an sich dem Einzelnen zukommenden Nachlaßgegenstände durch die im Gesellschaftsvertrag der Miterben liegende Vereinbarung zum gesamthänderischen Gesellschaftseigentum gemacht sind.

Die viel umstrittene Frage, ob die Erbengemeinschaft Inhaberin einer Firma sein und als solche ins Handelsregister eingetragen werden könne[4]), interessiert uns hier nur insoweit, als wir zu prüfen haben, ob in der Fortführung der Firma oder in der Anmeldung zum Handelsregister durch die Anteilsinhaber am Nachlaß die Kundgabe eines Gesellschaftsvertrags zu erblicken ist.[5]) Man wird sagen müssen, daß dies meist der Fall ist, aber nicht der Fall sein muß. Einmal kann aus der Fortführung der Firma allein nicht sicher der Schluß gezogen werden, daß die Miterben das Geschäft als Gesellschafter und nicht als Miterben weiter betreiben. Es kann sich ferner aus dem Ein-

---

[1]) Die Auseinandersetzung ist an sich formfrei. KGJ 52, 273.

[2]) Außer wenn Grundstücke vorhanden sind durch Auflassung im Grundbuch (vgl. Anm. 1). Das Gleiche gilt von anderen Rechten, zu deren Uebertragung mehr als Uebergabe des Besitzes und Einigung über den Eigentumswechsel nötig ist, z. B. bei einer Briefhypothek die schriftliche Cession.

[3]) Im Grundbuch hätte aber Auflassung zu erfolgen. A. A. Pringsheim Rechtsstellung S. 49. Die Frage ist nicht unzweifelhaft, vgl. RG 82, 160 und RG 117, 257 wonach die wesentlich rechtlichen Unterschiede zwischen Erbengemeinschaft und Gesellschaft nach BGB die Auflassung verlangen.

[4]) Vgl. Cohn JW 1926 S. 481 und Kretzschmar ZfGG 17, 13 gegen feststehende Praxis insbes. des KG; zu vergleichen KG OLG 4, 454 und Deutsche Richterzeitung 1928 Spalte 180 Nr. 368.

[5]) Nicht aber die Frage, ob, wenn man die Fortführung der Erbengemeinschaft trotz Anmeldung zum Handelsregister annimmt, die Erbengemeinschaft als Firmeninhaberin aus registerrechtlichen Gründen eingetragen werden kann.

tragungsantrag der Miterben ergeben, daß sie als Miterben und nicht als Gesellschafter eingetragen werden wollen.[1])

Wenn ein Miterbe oder ein Dritter sämtliche Anteile am Nachlaß erwirbt, wird er Alleineigentümer sämtlicher Nachlaßgegenstände. Er ist hinsichtlich dieser ebenso frei verfügungsberechtigt, wie wenn sie ihm als Alleinerben zugefallen wären. Da dem Miterben das Verfügungsrecht an seinem Anteil am Nachlaß nur deswegen gegeben ist, weil ihm die freie Verfügung über den einzelnen Nachlaßgegenstand nicht zusteht,[2]) kann auch demjenigen ein Verfügungsrecht nicht zustehen, der infolge Erwerbs aller Teile am Nachlaß frei über die einzelnen Nachlaßgegenstände verfügen kann.[3]) Diese Entscheidung kann lediglich auf die von uns gegebene Begründung gestützt werden, nicht aber darauf, daß beim Erwerb aller Anteile durch eine Person von einem Anteil am Nachlaß begrifflich nicht mehr die Rede sein könne. Ein Anteil am Nachlaß muß insoweit und insolange als vorhanden angesehen werden, als ihn das Gesetz als vorhanden ansieht. Dies ist aber z. B. dann noch der Fall, wenn einer der erworbenen Anteile mit einem Pfandrecht belastet ist. Diesen Anteil hat der Erwerber aller Anteile so erworben, wie er dem Veräußerer zustand, d. h. mit einem Pfandrecht belastet. Die Folge davon ist, daß eine Auseinandersetzung, die den Untergang des Anteils am Nachlaß zur Folge haben würde, ohne den Pfandgläubiger gar nicht stattfinden kann. Dies ergibt sich unmittelbar aus § 1276 BGB und § 86 Abs. 2 FGG, wo der Pfandgläubiger als Auseinandersetzungsbeteiligter bezeichnet ist. Daß eine Auseinandersetzung immer überflüssig werde,[4]) ist ebenfalls nicht richtig. Zahlt z. B. der Schuldner nicht und löst der Erwerber den Schuldner nicht gemäß § 268 BGB aus, so muß der Erwerber aller Nachlaßanteile mit dem Pfandgläubiger hinsichtlich des belasteten Anteils eine Auseinandersetzung vornehmen. Ist ein Anteil mit einem Nießbrauch belastet, so ist die Lage eine ähnliche. War endlich der Ver-

[1]) Im Zweifel sind sie darüber zu befragen.

[2]) Vgl. Prot. V, 837 und Küntzel Gruchot 41, 825 und 912 c.

[3]) Einfaches Beispiel für Zwecklogik. Im Ergebnis zustimmend KG OLG 30, 179; KGJ 52, 273; RG 88, 116; RGR Komm. Anm. 2 zu § 2033; Binder Arch. f. bürgerl. Recht 34 S. 236.

[4]) Daß es keine Auseinandersetzung ist, betont BOLG in Sammlung 4, 28 und 4, 189 selbst. Mit Ausnahme von Strohhal II S. 99 Ziff. 4 umgehen alle dieses Problem.

äußerer eines Anteils in unbeschränkte Haftung gefallen, so kann der Erwerber aller Anteile auch nur hinsichtlich dieses Anteils unbeschränkt haften,[1]) und es muß eine selbständige Behandlung der einzelnen Anteile insoweit möglich sein.

Zukünftige und bedingte Rechte, insbesondere Forderungen können dann abgetreten werden, wenn sie genügend bestimmt und bestimmbar sind.[2]) Von diesem Gesichtspunkt aus würden sich bei der Frage, ob ein künftiger Anteil abtretbar sei, keine Bedenken ergeben. Allein § 312 Abs. 1 Satz 1 BGB läßt schon den obligatorischen Vertrag über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten nicht zu, daher ist eine Verfügung über eine Erbaussicht ebenfalls nichtig.[3]) Es fragt sich also nur, ob die in § 312 Abs. 2 für die gesetzlichen Erben hinsichtlich des obligatorischen Vertrags über ihren gesetzlichen Erbteil zugelassene Ausnahme entsprechend auch bei einer Abtretung eines solchen Anteils unter gesetzlichen Erben zu gelten hat. Dies ist aber zu bejahen[4]), einmal aus dem Grunde, weil mit einer obligatorischen Verpflichtung allein der Zweck, den der Gesetzgeber mit § 312 Abs. 2 verfolgt, nicht voll erreicht würde,[5]) ferner deswegen, weil die in dem Vertrag über den Nachlaß eines Dritten liegende Spekulation[6]) im Fall des Abs. 2 des § 312 dem Gesetzgeber offenbar nicht unsittlich bzw. gar nicht als Spekulation erscheint. Ist aber darnach, nach dem in § 312 Abs. 2 kund getanen Willen des Gesetzgebers der obligatorische Vertrag nicht unsittlich, so ist es auch der dingliche nicht.

Sobald der Dritte nicht mehr lebt, kann ganz allgemein über einen Anteil an seinem Nachlaß verfügt werden, sofern überhaupt mehrere Miterben vorhanden sind, dabei spielt keine Rolle, ob dem Verfügenden der Anteil schon angefallen ist oder nicht,[7]) denn § 312 Abs. 1 verbietet nur die Verfügung über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten.[8]) Aus § 2373 ergibt

[1]) § 2383 Satz 2.
[2]) Vgl. dazu RG 67, 167; 90, 248; 92, 238.
[3]) Böhm, Erbrecht 1896 S. 5; OLG Hamburg OLG 29, 241.
[4]) Kretzschmar Lehrbuch S. 480; Crome S. 696 Anm. 34.
[5]) Strohhal I S. 529; II S. 95 Anm. 7 a.
[6]) Heck Schuldverhältnisse S. 124 zu 5 a.
[7]) Vgl. auch Anm. 1 auf S. 17; Crome S. 696 Anm. 34; Stettner S. 15; Fitting S. 86; RG Seuff. Arch. 63, 369; RGR Komm. Anm. 2 zu § 2033.
[8]) Es ist aber zu beachten, daß der Anteil nicht als Nachlaßbestandteil des zunächst Berechtigten Gegenstand der Verfügung sein darf, denn sonst ist der zunächst Berechtigte Dritter und Erblasser im Sinne des § 312 Abs. 1 Satz 1.

sich, daß ein künftiger oder bedingter Anteil an sich verkauft werden kann, sofern das Hindernis des § 312 Abs. 1 Satz 1 nicht entgegensteht. Für eine entsprechende Verfügung muß dasselbe gelten.

§ 4. Die Verfügungsmöglichkeit des Nacherben über sein Anwartschaftsrecht.

Der Mitvorerbe ist wie ein Miterbe an den Nachlaßgegenständen berechtigt; unbeschadet der dem Nacherben zustehenden Zustimmungsrechte bei gewissen Gegenständen und der andern Einschränkungen durch die Nacherbschaft überhaupt ist der Mitvorerbe sachenrechtlich gegenwärtiger Miteigentümer aller Nachlaßgegenstände.[1]) Es bedarf nicht einmal einer Zuziehung des Nacherben bei der Auseinandersetzung, da der Vorerbe ausschließlicher Erbe bis zur Zeit des Eintritts des Nacherbfalls ist.[2]) Er steht auch im Verhältnis zu den andern Mitvorerben wie ein Miterbe zu den andern Miterben, es können z. B. nur alle zusammen über einen einzelnen Nachlaßgegenstand verfügen. Dieselbe Interessenlage läßt auch eine entsprechende Anwendung des § 2033 Abs. 1 als gerechtfertigt erscheinen.[3]) Auch die Form des § 2033 Abs. 1 muß hier gewahrt werden.[4]) Es handelt sich um die Veräußerung einer Erbschaft, bezieht sich doch, wenn der Miterbe als Vorerbe seinen Anteil veräußert, das Nacherbrecht nach wie vor auf die Erbschaft selbst, nicht auf das dem Veräußerer zugeflossene Entgelt.[5])

Beim Nacherben fehlt es vor dem Nacherbfall an einem Nachlaß, an dem der Nacherbe sachenrechtlich beteiligt sein könnte. Der Alleinnacherbe hat lediglich ein Anwartschaftsrecht, ebenso der Mitnacherbe. Zwischen dem Vorerben und dem Nacherben besteht niemals eine Erbengemeinschaft, zwischen mehreren Nacherben ebenfalls nicht,[6]) denn es fehlt an den gemeinschaftlichen Nachlaßgegenständen und damit an der Mög-

[1]) Strohal I S. 175.
[2]) KG DJZ 1907 Spalte 300.
[3]) Nicht beim Alleinvorerben, denn er steht im Verhältnis zum Mitvorerben hinsichtlich der Nachlaßgegenstände genau so wie ein Alleinerbe zum Miterben.
[4]) Vgl. § 10 der Darstellung.
[5]) Kipp S. 317.
[6]) KG OLG 33, 342.

lichkeit von Gesamthandsanteilen der Mitnacherben an solchen.[1]) Die ihnen zustehenden Kontroll- und Zustimmungsrechte gehören nicht zum Nachlaß, sondern sind Auswirkungen ihres Anwartschaftsrechts, hinsichtlich dessen sie in Bruchteilsgemeinschaft stehen. Dieses Anwartschaftsrecht verschafft den Nacherben unter gegebenen Voraussetzungen einen Anteil am Nachlaß, niemals aber ist der Schluß gerechtfertigt, daß deshalb die Nacherben schon vor Eintritt des Nacherbfalls im Verhältnis der Erbengemeinschafter zu einander stehen.[2]) Die Frage, ob der Inhaber eines Nacherbschaftsrechts dieses vor Eintritt der Nacherbschaft veräußern kann, ist daher nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden,[3]) nicht vom Standpunkt der Möglichkeit einer Analogie zu § 2033. Nach allgemeinen Grundsätzen muß sowohl die Uebertragbarkeit des Rechts des Mitnacherben als des Alleinnacherben bejaht werden. Das Nacherbenanwartschaftsrecht ist ein dingliches Anwartschaftsrecht und besitzt gegenwärtigen Vermögenswert. Auszugehen ist bei der Entscheidung davon, daß es dem Begriff und Wesen eines Vermögensrechts entspricht, daß sein Inhaber befugt sein muß, es durch Veräußerung an Dritte zu verwerten, und daß Ausnahmen hievon nur insofern anzuerkennen sind, als sie sich aus dem Gesetz oder dem Zusammenhang seiner Bestimmungen ergeben.[4]) Es ergeben sich aber keinerlei Bedenken, insbesondere nicht aus dem Grundsatz der Bestimmtheit und Bestimmbarkeit.[5]) Diejenigen,[6]) die die Uebertragbarkeit des Nacherbenrechts auf die Analogie zu § 2033 Abs. 1 stützen, als Veräußerung eines bedingten oder befristeten Anteils, übersehen einmal, daß bei Abtretung des Nacherbenanwartschaftsrechts nicht nur dieser zukünftig anfallende Anteil, sondern auch die gegenwärtigen schon existierenden Kontroll- und Zustimmungsrechte übertragen werden,[7]) und müssen ferner streng genommen die Abtretbarkeit

[1]) a. A. RG Seuff. Arch. 63, 369, das aber in Widerspruch zu seiner eigenen Ansicht (RG 101, 185) von einem bedingten Anteil spricht.
[2]) RG a.a.O.
[3]) Kipp S. 314.
[4]) So wörtlich RG 101, 185.
[5]) Vgl. S. 17 der Darstellung Anm.
[6]) RG Seuff. Arch. 63, 369; Leonhard II C zu 2033.
[7]) Kipp anderer Ansicht S. 314; er nimmt ohne Begründung an, das Anwartschaftsrecht des Nacherben könne nicht in dem Sinn veräußert werden, daß der Dritte mit Eintritt des Nacherbfalls in die Stellung des Nacherben trete, dem Nachlaßgläubiger hafte und daß der Dritte vor dem Nach-

des Anwartschaftsrechts des Alleinerben leugnen,[1]) was aber offenbar den Bedürfnissen des Lebens ebenso wenig wie dem im Gesetz zum Ausdruck gekommenen Gedanken der grundsätzlichen Verwertbarkeit jedes Vermögensrechts[2]) widerspricht. Allein schon von diesem Gesichtspunkt aus ist es nicht richtig zu sagen,[3]) man gebe dem Alleinnacherben durch die Uebertragbarkeitszulassung seines Anwartschaftsrechts mehr Rechte als dem Alleinerben, da dieser ja über die einzelnen Nachlaßgegenstände frei verfügen kann, während der Alleinnacherbe solche noch gar nicht hat.

Mit der Ablehnung der Analogie zu § 2033 Abs. 1 in der oben dargelegten Richtung muß nicht auch die Notwendigkeit der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung abgelehnt werden.[4])

§ 5. Verfügungsbeschränkungen.

Die Verfügung über den Miterbenanteil ist kein ungefährliches Geschäft.[5]) Unter Berücksichtigung dieser Tatsache hat der Gesetzgeber für den Vormund sowohl als auch für den Inhaber der elterlichen Gewalt[6]) die Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht zur Voraussetzung für die Gültigkeit der Verfügung über den Anteil am Nachlaß gemacht. Ein vom Vormund oder Inhaber der elterlichen Gewalt ohne die vom Vormundschaftsgericht erforderliche Genehmigung geschlossener Uebertragungsvertrag ist unwirksam.[7]).

Bei einer Auseinandersetzung, bei der der Vormund, der Inhaber der elterlichen Gewalt oder Pfleger selbst beteiligt ist, was bei dem Tod des erstverstorbenen Ehegatten fast immer der Fall ist, braucht jedes Mündel einen besonderen Pfleger.[8]) Bei der Auseinandersetzung kommt es nun häufig vor, daß einer der Beteiligten die Erbteile der Andern gegen Abfindung über-

---

erbfall die Zustimmungsrechte und Pflichten habe. Welchen Umfang und Inhalt des Näheren das Anwartschaftsrecht haben soll, sagt Kipp nicht.

[1]) BOLG OLG 30, 181; RGR Komm. Anm. 2 zu § 2033.

[2]) Vgl. die Mobilisierung des Bodens durch das moderne Hypothekenrecht; Prot. 5, 837; und RG 101, 185.

[3]) Wie es RGR Komm. a.a.O. tut.

[4]) Vgl. darüber § 10 der Darstellung.

[5]) Vgl. § 10 der Darstellung am Anfang.

[6]) § 1822 Ziff. 1, § 1643 Abs. 1 BGB. Für die Mutter vgl. § 1686 BGB. Das Gleiche gilt für den Pfleger, vgl. § 1915 BGB.

[7]) OLG Dresden; OLG 40, 110.

[8]) RG DJZ 1908 Spalte 193.

nimmt. Ist der Uebernehmende der Gewalthaber selbst oder überträgt er an ein Mündel seinen oder eines andern Mündels Anteil, so bedarf der Mündel zur Bewerkstelligung dieser Geschäfte eines Pflegers.[1]) Fraglich erscheint nur, ob, wenn alle Miterben einem Miterben ihre Anteile übertragen, z. B. wenn eine Mutter die Erbanteile aller ihrer Kinder am Nachlasse des Vaters gegen Abfindung übernimmt, jeder der veräußernden Miterben einen besonderen Pfleger braucht. Dies ist aber zu verneinen. Allerdings geht dies nicht daraus hervor, daß § 2033 nicht bei den Vorschriften der Auseinandersetzung steht,[2]) wohl aber aus der Tatsache, daß bei der Uebertragung des Erbteils der einzelne veräußernde Miterbe mit dem erwerbenden Miterben allein den Uebertragungsvertrag schließt, an dem die andern Miterben nicht beteiligt sind.[3]) Die Uebertragung der sämtlichen Anteile am Nachlaß an einen Miterben macht die Auseinandersetzung meist überflüssig,[4]) sie selbst ist aber keine Auseinandersetzung[5]) in materiellem Sinne.

Der Erblasser kann durch letztwillige Verfügung das Veräußerungsrecht des Miterben hinsichtlich des Anteils am Nachlaß diesem nicht entziehen, auch nicht beschränken.[6]) Die Verfügungsmöglichkeit wird dem Miterben auch nicht durch die Einsetzung eines Testamentvollstreckers genommen, da der Anteil des Miterben, über den er hier verfügt, kein der Verwaltung des Testamentvollstreckers unterliegender Nachlaßgegenstand ist und durch eine solche Verfügung die rechtliche Stellung des Testamentsvollstreckers keine Beeinträchtigung erfährt.[7]) Fraglich könnte höchstens sein, ob dieser Entscheidung nicht das dem Erblasser nach § 2044 eingeräumte Recht die Auseinandersetzung durch letztwillige Verfügung hinauszuzögern entgegensteht. § 2044 bezieht sich nur auf die Auseinandersetzung. Wer der richtigen Ansicht ist, daß zur Auseinandersetzung im Sinne des BGB nicht Verfügungen nach § 2033

---

[1]) § 181 in Verbindung mit § 1795, 1630 Abs. 2, 1915 und 1686.
[2]) Wie Marcus ZfGG 9, 172 meint.
[3]) Marcus a.a.O.
[4]) Vgl. S. 16 der Darstellung.
[5]) Vgl. Fraeb, ZfGG 13, 319; BOLG ZfGG 5 S. 566; OLG Dresden Analen 28, 234.
[6]) OLG Hamburg OLG 37, 258. RG JW 1915, 245 z. B. von der Zustimmung des Testamentsvollstreckers abhängig machen.
[7]) § 2211; Strohal II S. 109 Anm. 8.

gehören können,[1]) kann ohne weiteres den § 2044 außer Acht lassen. Aber auch wer der Ansicht ist, daß eine Uebertragung nach § 2033 zur Auseinandersetzung im obigen Sinne gehören kann, ist nicht gezwungen anders zu entscheiden. Nach allgemeiner Meinung[2]) kann, da der Anteil des Miterben ein veräußerliches Recht im Sinne des § 137 BGB ist, der Erblasser die Befugnis des Miterben, über sein Anteilsrecht zu verfügen, nicht mit dinglicher Wirkung ausschließen. Seine diesbezügliche Anordnung hat nur die Wirkung, die eine derartige Vereinbarung der Miterben selbst hat, d. h. sie kann durch Vereinbarung der Miterben jederzeit aufgehoben werden. Der Miterbe, der nach Maßgabe der Auseinandersetzungsvereinbarung seinen Anteil überträgt, handelt nicht gegen die Verfügung des Erblassers, die durch die Auseinandersetzungsvereinbarung[3]) aufgehoben ist.

Auch der § 399 BGB kann keine Anwendung finden,[4]) einmal weil der Anteil des Miterben kein Forderungsrecht ist, dann aber weil der Miterbe zum Erblasser nicht in einem auch nur ähnlichen Verhältnis wie Gläubiger und Schuldner stand noch steht. § 399 könnte höchstens auf den Fall Anwendung finden, daß die Miterben unter sich die Abtretbarkeit ausschließen. Allein auch auf diesen Tatbestand läßt sich wohl § 399 BGB nicht anwenden, da auch die Miterben unter sich nicht im Verhältnis von Schuldner und Gläubiger stehen.

Endlich findet auch der § 265 ZPO keine Anwendung. Das Auseinandersetzungsverfahren ist kein Verfahren des streitigen Prozesses. Der Miterbe kann seinen Anteil auch noch während des Auseinandersetzungsverfahrens frei veräußern und ohne Zustimmung der Miterben aus der Erbengemeinschaft ausscheiden.[5])

In diesem Zusammenhang ist auch die Frage zu prüfen, ob die Tatsache, daß ein unveräußerlicher Gegenstand sich im Nachlaß befindet auf die freie Verfügungsbefugnis über den Anteil am Nachlaß einschränkend oder gar aufhebend wirkt. Derartige Fälle sind z. B., daß ein Anteil an einem Gesamtgut[6])

---

[1]) Marcus ZfGG 9, 172; Fraeb ZfGG 13, 319 und S. 11 der Darst.
[2]) Vgl. für Viele Strohal II S. 108 Anm. 7 b.
[3]) Hier im Sinn des FGG gemeint.
[4]) OLG Rostock Seuff. Arch. 68, 321.
[5]) Josef, Boscher 1916 S. 312.
[6]) § 1482, § 1484 Abs. 3 BGB.

oder ein Gesellschaftsanteil sich im Nachlaß befinden. Es stehen sich hier die Interessen des einen Miterben, der seinen Anteil zu Geld machen, und die des andern, der bei der Auseinandersetzung es nicht mit einer fremden Person zu tun haben möchte, gegenüber. So insbesondere bei den Fällen des ehelichen Gesamtguts,[1]) wenn z. B. der Mann gestorben ist und von seiner Frau und von seinen Kindern, ohne daß eine Fortsetzung der ehelichen Gütergemeinschaft stattfindet, beerbt wird. Hier könnte der verstorbene Ehegatte, falls er noch leben und mit seiner Ehegattin hinsichtlich des Gesamtguts sich auseinandersetzen würde, seinen Anteil am Gesamtgut auch im Auseinandersetzungsstadium nicht verkaufen.[2]) Die Erben des Verstorbenen können nun an sich auch nicht mehr Rechte haben als er selbst. Allein durch den Erbfall wird der Anteil am Gesamtgut Bestandteil des Nachlasses des verstorbenen Ehegatten.[3]) Damit besteht zwischen den Kindern und dem überlebenden Elternteil nicht das Auseinandersetzungsverhältnis des Gesamtguts bei ehelicher Gütergemeinschaft sondern das Verhältnis der Erbengemeinschaft, für das § 2033 dié freie Verfügbarkeit statuiert.[4]) Bei der Regelung des Miterbenverhältnisses sind nun vom Gesetzgeber hinsichtlich der freien Verfügbarkeit wegen Zugehörigkeit unveräußerlicher Gegenstände keine Beschränkungen gegeben worden.[5]) Hier kann ja dem Miterben, der mit der Veräußerung nicht einverstanden ist, das Vorkaufsrecht des § 2034 zum gewünschten Ziele verhelfen.[6]) Da aber der Anteil am Gesamtgut Nachlaßgegenstand ist, kann nur indirekt durch eine Verfügung über den Anteil am Gesamtnachlaß über ihn verfügt werden, eine Verfügung über den Anteil am Gesamtgut allein wäre ohne Zustimmung der Andern nach § 2040 Abs. 1 BGB unwirksam.[7]) Damit erhebt sich die Frage, ob eine Verfügung nach § 2033 dann ausgeschlossen ist, wenn der Nachlaß nur im Anteil am

[1]) Vgl. Mot. IV S. 405,
[2]) § 1471 in Verbindung mit 1442 BGB.
[3]) § 1482 Satz 1; § 1484 Abs. 3.
[4]) BOLG ZfGG 5, S. 566.
[5]) Wird die Gütergemeinschaft fortgesetzt, so entfällt natürlich die Anwendbarkeit des § 2033, da keine Miterbengemeinschaft, sondern eine Gütergemeinschaft besteht. Auch eine analoge Anwendung des § 2033 auf die Anteile der fortgesetzten Gütergemeinschaft ist ausgeschlossen. Warneyer Komm. Anm. 21 zu § 2033; Landgericht Mainz ZfGG 15, S. 398 Nr. 316 b.
[6]) OLG Colmar OLG 32, S. 409.
[7]) BOLG ZfGG 5 S. 634.

Gesamtgut besteht. Das ist aber zu verneinen.[1]) Es ist durchaus möglich, daß eine Erbengemeinschaft an einem einzelnen Gegenstand besteht, nicht sowohl als einzelnem Vermögensstück, sondern als wirtschaftlicher Grundlage eines Vermögensinbegriffs.[2]) An Stelle des einzelnen Gegenstands können ja nach § 2041 BGB jederzeit mehrere treten. Mit der Bejahung der Möglichkeit einer Erbengemeinschaft an einem einzigen Gegenstand ist auch die Verfügbarkeit nach § 2033 bejaht, denn eine Vorschrift, daß in diesem Fall der Anteil nur direkt durch Auseinandersetzung verwertet werden könne, ist nicht vorhanden und wäre auch unverständlich; denn dafür, daß der Nachlaß von Anfang an oder zeitweise nur aus einem Gegenstand besteht, kann der Erbe nichts.[3])

Auch wenn ein Gesellschaftsanteil zum Nachlaß gehört, ist der Anteil am Nachlaß frei veräußerlich,[4]) obwohl hier zwischen dem überlebenden Gesellschafter und den Erben des verstorbenen Gesellschafters keine Erbengemeinschaft entsteht. Allein entweder erlischt die Gesellschaft durch den Tod des Erblassers,[5]) dann gilt für den Auseinandersetzungsanteil nicht mehr das Verbot des § 719 Abs. 1, denn sein Zweck ist weggefallen; an die Stelle des gegenseitigen Vertrauens, auf dem die Gesellschaft aufgebaut war und dessen höchstpersönlicher Charakter die Abtretbarkeit des Anteils unmöglich machte, ist gegenseitiges Mißtrauen getreten, bei dem es gleichgültig ist, gegen wen es sich richtet. Erlischt die Gesellschaft nicht,[6]) so ist Gegenstand des Nachlasses ein Auseinandersetzungsanspruch gegen die übrigen Gesellschafter.[7]) Haben die Miterben nach dem Gesellschaftsvertrag auch ein Recht, in die Gesellschaft aufgenommen zu werden, und machen sie davon Gebrauch, so tauschen sie

---

[1]) Brink ZfGG 8, 236; Karl Meyer in Seuff. Bl. für Rechtsanwendung Bd. 69 S. 25.

[2]) v. Teichmann in Boscher Bd. 58 S. 148 ff.; KGJ 52, 273.

[3]) Eine andere Frage ist, ob nicht, wenn die Erbengemeinschafter die Erbengemeinschaft auf einen einzelnen Gegenstand beschränken oder beschränkt lassen, z. B. auf ein Handelsgeschäft, eine Gesellschaft nach BGB oder eine o.H.G. vorliegt. Vgl. weiter zu der Behauptung Endemanns, daß wenn der Nachlaß nur noch aus einem Recht bestehe, an diesem Bruchteilseigentum bestehe S. 12 Anm. 6 der Darst.

[4]) KG DJZ 1909 Spalte 1333; ohne Begründung KG 38, 233.

[5]) § 729 BGB.

[6]) § 736 BGB.

[7]) § 738 Satz 2 BGB.

die ihnen nach den Regeln der Miterbengemeinschaft zugefallenen und zustehenden Rechte ein gegen einen andersartigen[1]) ihnen am Gesellschaftsvermögen nach den Regeln des Gesellschaftsrechts zustehenden Anteil. Dieser ihnen zufallende Anteil am Gesellschaftsvermögen soll nach ihrer Absicht aber ihnen nicht als Miterben, als zum Nachlaß nach § 2041 BGB gehörig zufallen, sondern sie wollen, daß jeder Miterbe als Einzelperson Gesellschafter werde. Darin liegt aber eine auf die aus der Gesellschaftsbeteiligung des Erblassers zugefallenen Rechte beschränkte Teilauseinandersetzung.[2]) Eine Verfügung nach § 2033 berührt also den Anteil der Erben an der Gesellschaft überhaupt nicht mehr.

Der Anteil am Nachlaß ist eine Vermögenseinheit. Als solche fällt er schon im Zeitpunkt des Erbfalls, wenn der Miterbe verheiratet ist, je nach Güterstand einer bestimmten Gütermasse zu.[3]) Wir haben daher noch die Verfügungsbeschränkungen, die sich daraus hinsichtlich der Verfügung über den Nachlaßanteil ergeben, zu erwähnen.[4])

Besteht Gütertrennung oder fällt der Erbteil ins Vorbehaltsgut,[5]) so kann der Inhaber des Anteils jederzeit frei über diesen verfügen.

Fällt der Anteil am Nachlaß ins eingebrachte Gut, so bedarf der Mann der Zustimmung der Frau,[6]) die Frau der des Manns.[7]) Bei der Zwangsvollstreckung in den Anteil muß der Ehemann zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Frau außerdem noch verurteilt sein.[8])

Fällt der Anteil am Nachlaß bei einer der Gütergemeinschaften ins Gesamtgut,[9]) so werden beide Ehegatten zur gesamten Hand Inhaber des Anteils. Doch wird darum der Ehe-

---

[1]) Vgl. S. 13 und 14 der Darstellung.
[2]) A. A. für den Regelfall Pringsheim Rechtsstellung S. 49.
[3]) KG OLG 8. 332.
[4]) Die eventuelle Notwendigkeit der Zustimmung zu einer Verfügung der Miterben nach § 2040 Abs. 1 ist eine andere Frage und gehört nicht hierher. Vgl. dazu BOLG OLG 39 S. 3.
[5]) Z. B. Nach § 1369.
[6]) § 1375 und § 1525 Abs. 2.
[7]) § 1395 und 1525 Abs. 2.
[8]) RG JW 38 S. 32; 739 ZPO.
[9]) Was durchaus möglich ist, § 1439 steht nicht im Wege, da ja der Anteil am Nachlaß an sich ein frei veräußerliches Recht ist. BOLG OLG § 41 S. 55.

gatte, der nur auf Grund der Gütergemeinschaft Mitinhaber des Anteils wird, so wenig Miterbe, wie wenn er den Anteil gekauft hätte. Die Zustimmung der Frau ist nach § 1445 BGB dann nötig, wenn Grundstücke zum Nachlaß gehören.[1]) Man darf bei der Lösung dieser Frage nicht davon ausgehen, ob der Ehefrau an dem zum Nachlaß gehörenden Grundstück ein unmittelbarer oder ein mittelbarer Anteil zusteht, wie dies öfters geschieht.[2]) Maßgebend sind die gesetzgeberischen Zwecke, und diese verlangen die Zustimmung, einerlei ob das Grundstück der Frau allein oder mit andern gemeinschaftlich, ob zu Bruchteilen, ob zur gesamten Hand zusteht.[3]) Gehören zum Nachlaß keine Grundstücke, so kann der Ehemann ohne Zustimmung der Frau frei verfügen. Die Ansicht,[4]) daß er deswegen zur Verfügung über den Anteil immer der Zustimmung der Frau bedürfe, weil er als Nichtmiterbe die Befugnisse, die das Gesetz den Miterben verleihe, nicht haben könne, ist nicht zu billigen. Das Verfügungsrecht des Anteils ist nicht auf den Erben als höchstpersönliches Recht beschränkt, es steht jedem Jnhaber des Anteils zu, was § 2037 BGB deutlich ergibt. Ob der Inhaber aber den Anteil auf Grund Kaufs, Tausches, Schenkung oder auf Grund vereinbarter Gütergemeinschaft erlangt hat, kann keine Rolle spielen.[5])

§ 6. Die Uebertragbarkeit des Auseinandersetzungsguthabens.

Seinen Ursprung hat das Auseinandersetzungsguthaben im Anteil am Nachlaß, dessen Inhaber an den Auseinandersetzungsverhandlungen teilzunehmen und zur Geltendmachung einer

[1]) a. A. Staudinger Anm. 1 d zu § 2033; Leonhard III C 4 zu § 2033; Endemann S. 1023 Anm. 14.

[2]) Staudinger Anm. 1 d zu § 2033; ebenso bei der Frage der Zustimmungsbedürftigkeit bei einem Geschäft über ein Grundstück nach § 2040 Abs. 1 BGB KG OLG 8, 338 und OLG Colmar OLG 9, 451.

[3]) Vgl. die Ausführungen § 2 der Darstellung und KG RJA 4, 181. Aus denselben Gründen ist zum Erwerb von Grundstücken durch Ausländer evtl. staatliche Genehmigung erforderlich (Art. 88 EGBGB) auch wenn die Grundstücke nur mittelbar durch Erwerb eines Nachlaßanteils erworben werden. Die gegenteilige Meinung Endemanns (S. 1038) läßt die Zwecke dieser Vorschrift aus konstruktiven Gründen nicht zur Geltung kommen und erleichtert die Umgehung der Vorschrift.

[4]) OLG Posen OLG 21, 360

[5]) Vgl. auch § 2385.

seiner Anteilsquote entsprechenden Wertquote materiell berechtigt ist. Bei der Auseinandersetzung vereinbaren die Miterben, welche Gegenstände aus dem Nachlaß dem einzelnen Miterben zur freien Verfügung zufallen sollen. Dadurch entsteht ein bestimmtes Forderungsrecht, das Auseinandersetzungsguthaben. Es richtet sich gegen die Erbengemeinschaft und geht auf Uebertragung des Eigentums an den Gegenständen, die dem Miterben nach der Auseinandersetzungsvereinbarung zufallen sollen. Sie ist also lediglich obligatorischer Natur und ohne Einfluß auf die Existenz des Nachlaßanteils. Erst durch die Erfüllung dieser Verpflichtung erlischt mit dem Auseinandersetzungsguthaben der Anteil am Nachlaß. Vor der Auseinandersetzungsvereinbarung ist das Auseinandersetzungsguthaben eine zukünftige und bedingte Forderung. Nach der Auseinandersetzungsvereinbarung ist es ein gegenwärtiges, in seinem Inhalt genau umschriebenes Forderungsrecht, das neben dem Anteil steht. Immer aber stellt es einen gewissen Vermögenswert dar und ist deswegen als Vermögensrecht zu betrachten.

Bei der Frage, ob nun das Auseinandersetzungsguthaben übertragbar sei, ist davon auszugehen, daß jedes Vermögensrecht grundsätzlich durch Verfügung seines Inhabers verwertet werden kann und daß Ausnahmen hievon nur insofern anzuerkennen sind, als sie sich aus dem Gesetz selbst oder dem Zusammenhang seiner Bestimmungen ergeben.[1]) Dies gilt sowohl von dem schon bei der Veräußerung existenten Auseinandersetzungsguthaben als auch von dem erst später entstehenden.[2]) Zu prüfen bleibt daher, ob nicht gesetzliche Bestimmungen oder dem Gesetz zu entnehmende Grundsätze die an sich zulässige Uebertragbarkeit des Auseinandersetzungsguthabens ausschließen.

Das RG[3]) hält die Uebertragbarkeit aus zwei Gründen für unzulässig. Einmal, führt es aus, folge aus der Nichterwähnung der Uebertragbarkeit des Auseinandersetzungsguthabens neben der des Anteils nach § 2033 Abs. 1 im Unterschied zu § 717

[1]) RG 101 S. 101.

[2]) RG 92, 238; 67, 167; 55, 334, wo sogar die Uebertragbarkeit von künftigen Forderungen, zu denen noch nicht einmal ein Grund vorhanden, deren Entstehung vielmehr nur als möglich vorausgesetzt ist, bejaht wird.

[3]) RG 60, 126 ihm folgend die übrige Rechtsprechung. OLG Dresden OLG 40, 110.

BGB durch argumentum e contrario[1]) die Nichtübertragbarkeit des Auseinandersetzungsguthabens. Gestützt wird dieser Schluß auf die Entstehungsgeschichte des § 2033,[2]) aus der hervorgeht, daß ein Antrag auf Zulassung der Uebertragbarkeit des Auseinandersetzungsguthabens wieder zurückgezogen wurde, nachdem eingewendet war, der Miterbe würde darnach nicht die Stellung eines solchen, vielmehr nur einen Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben erhalten. Allein aus dieser Tatsache kann nicht der Schluß gezogen werden, daß die Kommission die Uebertragbarkeit des Auseinandersetzungsguthabens hat verneinen wollen. Es geht daraus lediglich hervor, daß die Kommission, nachdem dem Miterben die Möglichkeit gegeben war über seinen Anteil am Nachlaß zu verfügen, ihren Antrag für überflüssig hielt. Davon, daß die Kommission ihren Antrag etwa deswegen gestellt hat, weil sie dem Miterben nur die Verfügung über das Auseinandersetzungsguthaben hat gewähren wollen, steht nichts in den Protokollen, insbesondere aber nichts davon, daß die obsiegende Meinung, weil sie die Uebertragbarkeit des Anteils am Nachlaß vertrat, den Ausschluß der Uebertragbarkeit des Auseinandersetzungsguthabens hat herbeiführen wollen. Wenn man auch nicht ohne weiteres sagen kann, wer das plus wolle, wolle auch das minus[3]) und sicherlich dieser Satz nicht viel beweist, so fehlt es doch im Gesetz und in den Protokollen jedenfalls an einem positiven Beweis dafür, daß durch die Zulassung des plus das minus hat ausgeschlossen werden sollen. Ein solcher Beweis wäre aber gerade nach der vom Reichsgericht selbst gebilligten grundsätzlichen Verwertbarkeit[4]) jeden Vermögensrechts unbedingt erforderlich und ist aus den vom Reichsgericht hiezu angeführten Tatsachen nicht zu entnehmen.

[1]) Vgl. RG 60, 126 ff. am Schluß. „Denn wenn dem Gesellschafter die Verfügung über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen versagt, aber die Abtretung seiner Ansprüche auf Gewinnanteil und Auseinandersetzungsguthaben gestattet, dagegen dem Miterben nur — (das „nur" ist ja erst zu beweisen!) — die Möglichkeit einer Verfügung über seinen Anteil am Nachlaß gewährt, an die Uebereignung zu vollem Recht des Uebernehmers die Haftung für die Nachlaßschulden geknüpft wird, so ist hieraus die Folgerung zu ziehen, daß wohl der Gesellschafter, nicht aber der Miterbe des Auseinandersetzungsguthaben mit der in § 398 BGB bezeichneten Wirkung abtreten kann.

[2]) Prot. 5 S. 837/39.

[3]) RGR Komm. Anm. 1 zu § 2033 wo die Entscheidung des RG als nicht unbedenklich bezeichnet ist.

[4]) Vgl. RG 101 S. 101; RG 92, 238; 67, 167; 55, 334.

In zweiter Linie stützt sich das Reichsgericht darauf, daß sein Standpunkt innerlich begründet sei mit dem Hinweis darauf, daß bei doppelter Abtretung des Auseinandersetzungsguthabens bei der Gesellschaft der Zweiterwerber nur insoweit geschädigt ist, als ihm die Vorteile die aus der Verwirklichung des Auseinandersetzungsguthabens zu erzielen sind entgehen, bei der Abtretung des Auseinandersetzungsguthabens bei der Erbengemeinschaft und nachfolgender Abtretung des Anteils aber die Möglichkeit besteht, daß der Erwerber des Anteils, abgesehen davon, daß ihm die Vorteile aus dem Anteil entgehen, auch noch für Nachlaßschulden nach § 2382 haften muß. Auch diese Begründung ist nicht überzeugend. Einmal wird dieser Fall sehr selten eintreten, denn ein vorsichtiger Käufer des Anteils wird seine Haftung gemäß § 2383 Satz 1 beschränken und einen Kauf nicht abschließen, falls der Verkäufer schon unbeschränkt haftet.[1]) Zum andern kann aber eine Billigkeitserwägung, wie sie hier vom Reichsgericht angestellt wird und die im positiven Gesetz keinen Anhalt findet, eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen nicht rechtfertigen; dies umso weniger, weil der Verkauf des Anteils am Nachlasse und des Auseinandersetzungsguthabens ausgesprochen spekulative Geschäfte sind, bei denen die Berufung auf die Billigkeit grundsätzlich unzulässig ist.

Auch von dem Erfordernis der Bestimmtheit und Bestimmbarkeit aus steht der Uebertragbarkeit des Auseinandersetzungsguthabens nichts im Wege. Das Auseinandersetzungsguthaben ist eine Forderung ganz bestimmten Inhalts.[2])

Außer den vom Reichsgericht angeführten Gründen führt Leonhard[3]) noch zwei weitere ins Feld; einmal daß die Abtretung des Auseinandersetzungsguthabens im Gegensatz zur Abtretung des Anteils am Nachlaß formlos erfolgen kann[4]) und dann, daß überhaupt kein Bedürfnis für die Abtretbarkeit des Auseinander-

[1]) RG 60, 162 drückt das selbst aus mit den Worten: es ist jedoch . . . . . immerhin nicht ausgeschlossen.

[2]) Mit derselben Begründung wie das RG oder ohne eine solche lehnt die Praxis die Uebertragbarkeit des Auseinandersetzungsguthabens ab. So OLG Dresden OLG 40, 110; OLG Hamburg im Recht 1914 Nr. 789; OLG Stettin OLG 26, 298. Auch die Literatur steht überwiegend auf demselben Standpunkt ohne Gründe anzuführen. Meist wird auf RG 60, 126 Bezug genommen; so für viele Planck Anm. 4 zu § 2033. Zustimmend im Ergebnis und teilweise in der Begründung Pringsheim Diss. S. 35 ff.

[3]) Leonhard zu § 2033 IV.

[4]) OLG Hamburg OLG 30, 182; OLG Stettin OLG 6. 298.

setzungsguthabens vorliege. Auch diese Gründe sind nicht stichhaltig. Daß ein Bedürfnis für die Abtretungsmöglichkeit des Auseinandersetzungsguthabens vorliegt, beweist schon die große Zahl der in der Rechtsprechung behandelten Fälle. Es ist gerade aus dem Grunde, weil eine summenmäßige Uebertragung des Anteils am Nachlaß unmöglich ist, ein dringendes Bedürfnis vorhanden, wenigstens das Auseinandersetzungsguthaben, soweit es in Geld besteht oder bestehen wird, in Höhe einer ganz bestimmten Summe abtreten zu können. Auch die Tatsache, daß das Auseinandersetzungsguthaben an sich formlos übertragen werden kann, ist nicht „unerträglich". Der Erwerber des Auseinandersetzungsguthabens hat eine ganz andere Stellung als der Anteilserwerber. Er tritt nicht in die Erbengemeinschaft und in die Erbenhaftung ein und erhält nur, was dem Miterben an Ueberschuß zukommt, er steht nicht anders als der Erwerber des Auseinandersetzungsguthabens einer Gesellschaft. Für den Erwerb des Auseinandersetzungsguthabens einer Gesellschaft ist aber eine Form an sich nicht vorgeschrieben.[1])

Manche sind der Ansicht, daß das Auseinandersetzungsguthaben vom Anteil am Nachlaß nicht getrennt werden könne, und leiten dies, soweit eine Begründung überhaupt gegeben wird, aus dem Verhältnis des Auseinandersetzungsguthabens zum Anteil am Nachlaß her. Allein ohne dieses Verhältnis näher beschreiben zu müssen, kann man sagen, daß es dasselbe ist, wie das des Auseinandersetzungsguthabens zum Gesellschaftsanteil bei der Gesellschaft. Die Tatsache, daß der Miterbenanteil veräußerlich ist, spielt hierbei keine Rolle. Der Inhalt des Auseinandersetzungsguthabens ist derselbe, ebenso der spekulative Charakter des ganzen Geschäfts und seiner Wirkungen. Der Erwerber des Auseinandersetzungsguthabens hat weder mit der Erbengemeinschaft noch mit der Gesellschaft als solcher etwas zu tun.[2]) Er erhält lediglich eine Forderung, nie aber Mitgliedschaftsrechte. Der Erwerber des Auseinandersetzungsguthabens bei der Erbengemeinschaft tritt nicht in diese ein und erhält weder Verwaltungs- noch Anteilsrechte an den Nachlaß-

---

[1]) Gehören zum Auseinandersetzungsguthaben Grundstücke, so ist bei Gesellschaft wie bei Erbengemeinschaft die Einhaltung der Formen für Grundstücke ebenso erforderlich, wie bei Einbringung durch Gesellschaftsvertrag.

[2]) Vgl. Dernburg S. 510 Anm. 8. Vgl. auch § 717 BGB.

gegenständen. Aus diesem Grunde entfällt hier auch das Vorkaufsrecht der übrigen Miterben, denn der Erwerber des Auseinandersetzungsguthabens ist nicht in der Lage irgend einen Einfluß auf die Erbengemeinschaft auszuüben. Ob, wann und wie weit ein Auseinandersetzungsguthaben von Wert überhaupt herauskommt, ist vor erfolgter Auseinandersetzungsvereinbarung daher zweifelhaft, insbesondere wegen etwaiger Ausgleichspflichten. Seine Höhe hängt sehr von dem Anteilsinhaber der das Auseinandersetzungsguthaben veräußert hat ab[1]) denn der Erwerber des Auseinandersetzungsguthabens hat keine Handhabe, die rechtliche Gültigkeit eines entgegenkommenden Verzichts bei der Auseinandersetzungsvereinbarung seitens des Anteilsveräußerers den andern Miterben gegenüber zunichte zu machen.[2]) Die Bedenken, die sich aus diesem Verhältnis von Auseinandersetzungsguthaben und Gemeinschaftsanteil gegen die Zulassung der Abtrennbarkeit und Abtretbarkeit des Auseinandersetzungsguthabens ergeben, sind bei der Erbengemeinschaft dieselben wie bei der Gesellschaft. Der Gesetzgeber hat aber, wie § 717 BGB ganz klar ergibt, sie nicht für ausreichend erachtet, die Abtretbarkeit und Abtrennbarkeit des Auseinandersetzungsguthabens deswegen zu verneinen. Mangels einer ausdrücklichen gegenteiligen Vorschrift ist deshalb anzunehmen, daß aus dem Verhältnis von Auseinandersetzungsguthaben zum Anteil am Nachlaß eine Unmöglichkeit der Abtretung des Auseinandersetzungsguthabens nicht gefolgert werden kann.

Ist das Auseinandersetzungsguthaben aber abgetreten, so ist es dem Anteilsinhaber entzogen. Dies gilt ohne weiteres beim Auseinandersetzungsguthaben, das als gegenwärtiges Forderungsrecht nach der Auseinandersetzungsvereinbarung angetreten ist und neben dem Anteil am Nachlaß getrennt besteht. Hier richtet sich dieses Forderungsrecht gegen sämtliche Anteilsinhaber einschließlich den Veräußerer des Auseinandersetzungsguthabens, der ja noch als Inhaber des Anteils bis zu dessen Erlöschen oder Uebertragung an einen Andern Mitglied der Erbengemeinschaft bleibt. Die Verfügungswirkung tritt hier mit Abschluß des Abtretungsvertrags ein. Bei der Abtretung des Auseinander-

[1]) Beteiligter beim Auseinandersetzungsverfahren bleibt gemäß § 86 Abs. 2 FGG der Anteilsinhaber.

[2]) Es sei denn, daß § 826 BGB Anwendung findet.

setzungsguthabens vor stattgehabter Auseinandersetzungsvereinbarung tritt der Anfall des Auseinandersetzungsguthabens an den Erwerber mit dem Zeitpunkt des Zustandekommens der Auseinandersetzungsvereinbarung ein. Von diesem Augenblick an gehört das Auseinandersetzungsguthaben nicht mehr ins Vermögen des Anteilsinhabers, der es veräußert hat. Von jetzt an kann der Anteilsinhaber auch nicht mehr durch Vereinbarung mit den andern Anteilsinhabern den Inhalt des Auseinandersetzungsguthabens verändern. Es kann kaum zweifelhaft erscheinen, daß wenn der Anteilsinhaber nach erfolgter Auseinandersetzungsvereinbarung seinen Anteil am Nachlaß abtritt, der Erwerber des Anteils diesen ohne das Auseinandersetzungsguthaben erwirbt, da das Auseinandersetzungsguthaben bei der Veräußerung des Anteils nicht mehr dem Anteilsveräußerer gehörte und wie bei allen nicht verbrieften Rechten der Satz gelten muß: nemo plus juris transferre potest quam ipse habet. Insoweit gehen diejenigen sicher fehl, die annehmen, daß die der Abtretung des Auseinandersetzungsguthabens nachfolgende Anteilsabtretung schlechthin der Abtretung des Auseinandersetzungsguthabens vorgehe[1]), vor allem aber diejenigen, die trotzdem den Standpunkt vertreten, daß die Abtretung des Auseinandersetzungsguthabens unmittelbar die Aenderung der rechtlichen Zuständigkeit bewirke und der Erwerber des Auseinandersetzungsguthabens Gläubiger werde.[2]) Zweifelhaft erscheint nur der Fall, in dem der Anteilsinhaber vor der Auseinandersetzungsvereinbarung zunächst das Auseinandersetzungsguthaben und dann den Anteil am Nachlaß abtritt, weil hier das Auseinandersetzungsguthaben zur Zeit der Abtretung des Anteils noch nicht für sich neben dem Anteil steht. Es erhebt sich die Frage, ob die Anwartschaft auf das Auseinandersetzungsguthaben im Voraus mit absoluter Wirkung vom Anteil am Nachlaß getrennt werden kann.[3]) Indessen ist kein Grund ersichtlich diese Trennung nicht zuzulassen. Der Standpunkt, daß die der Abtretung des

[1]) So ohne Begründung Kipp S. 274, 275 und RG 83, 27. Unklar Kretschmar S. 481 Anm. 10. Als Gegenstandslos bezeichnet die Abtretung des Auseinandersetzungsguthabens vor der Auseinandersetzungsvereinbarung Staudinger Anm. 4 zu § 2033.

[2]) Endemann S. 1039 VI b, der aber S. 1040 Anm. 91 sehr recht hat wenn er sagt, hier bedürfe noch alles einer genaueren Untersuchung.

[3]) Gegen die Möglichkeit der Trennung Endemann S. 1040 Anm. 91 und 92, für die Möglichkeit der Trennung RGR Komm. § 2033 Anm. 1.

Auseinandersetzungsguthabens folgende Abtretung des Anteils erstere aufhebe bzw. ersterer vorgehe, hat seinen Grund in dem Bestreben, für die Anteilsübertragung in gewissem Umfang einen Gutglaubensschutz zu schaffen. Für einen solchen ist aber im Gesetz nirgends ein Anhalt gegeben und eine Fortbildung des Gesetzes gerade in diesem Sinne erscheint willkürlich und verstößt vor allem gegen den Grundsatz des Gesetzes, wonach guter Glaube allein nicht genügt, sondern stets ein Rechtsschein dazu kommen muß. Ein solcher ist aber hier nicht vorhanden. Veräußert der Anteilsinhaber zweimal seinen Anteil oder zweimal sein Auseinandersetzungsguthaben, so erwirbt der zweite Erwerber jedesmal nichts. Veräußert der Anteilsinhaber zuerst das Auseinandersetzungsguthaben und dann den Anteil, so erwirbt der Erwerber des Anteils kein Auseinandersetzungsguthaben. Dieser Standpunkt findet seine Rechtfertigung insbesondere auch in dem spekulativen Charakter, der sowohl der Veräußerung des Anteils wie der des Auseinandersetzungsguthabens anhaftet. So wenig der Anteilserwerber sich gutgläubig darauf verlassen kann, daß gewisse Gegenstände noch zum Nachlaß gehören, so wenig kann er sich darauf verlassen, daß der Anteil noch alle Rechte, aus denen er sich in der Regel zusammensetzt und die ihm entspringen können, enthält. Hier ergibt sich allerdings die Tatsache, daß der Anteilserwerber, der Auseinandersetzungsberechtigter und Beteiligter im Sinne des § 86 Abs. 2 FGG wird, das Auseinandersetzungsguthaben, das er nicht bekommt, festsetzen hilft.[1])

Hat umgekehrt der Anteilsveräußerer vor der Auseinandersetzungsvereinbarung das Auseinandersetzungsguthaben nach dem Anteil veräußert, so erwirbt der Erwerber des Auseinandersetzungsguthabens nichts, sofern nicht ausdrücklich bei Veräußerung des Anteils das Auseinandersetzungsguthaben ausgenommen war. Dies erklärt sich daraus, daß in der Anteilsveräußerung auch die Veräußerung des Auseinandersetzungsguthabens enthalten ist, sofern dem Anteilsveräußerer das Auseinandersetzungsguthaben noch zusteht. Man muß dies im Zweifel auch dann annehmen, wenn die Veräußerung des Anteils nach der Auseinandersetzungsvereinbarung erfolgt ist.

---

[1]) Dieser Fall ist bei der Gesellschaft nicht möglich.

§ 7. Die Uebertragbarkeit des Bruchteils am Anteil.

Die Frage der Uebertragbarkeit des Bruchteils am Anteil ist sehr bestritten. Das Gesetz gibt weder eine ausdrücklich bejahende noch verneinende Antwort. Bei der Prüfung der Frage werden wir daher zu untersuchen haben, ob sonst im Gesetz Anhaltspunkte für eine Ablehnung oder Zulassung der Abtretbarkeit des Bruchteilsanteils vorhanden sind.

Für unsere Erörterung scheiden von vornherein diejenigen aus, die eine Bruchteilsabtretung für selbstverständlich halten;[1]) ebenso diejenigen, die sie auf den Satz gründen: was nicht verboten ist, ist erlaubt,[2]) denn das ist ja gerade fraglich, ob nicht ein wenn auch nur implicite im Gesetz zum Ausdruck gekommenes Verbot besteht, zumal das Gesetz in § 2033, 2034, 2035 nur vom Anteil am Nachlaß spricht, nicht aber vom Bruchteil des Anteils.

Wir wenden uns zunächst der Gruppe von Ansichten zu, die das Problem nicht auf dem Wege der Zwecklogik zu lösen versucht. Hier ist abzulehnen zunächst die Ansicht, die ihr bejahendes Resultat auf den Satz gründet, daß wer das maius ius habe, auch das minus ius haben müsse.[3]) Einmal ist doch die Befugnis, auch über Bruchteile des Anteils verfügen zu können, nicht das minus ius, sondern das maius ius, in einem Fall, wo der Gesetzgeber die Verfügung über den ganzen Anteil erst nach langem Zögern zuließ. Zum Andern erscheint bei genauerer Prüfung dieser Satz lediglich als eine verstärkte Behauptung der Verfügbarkeit des Bruchteils des Anteils am Nachlaß, nicht aber als Begründung dieser Behauptung; denn gerade darum, ob dieser allgemeine Satz hier Anwendung finden kann, geht ja der Streit.

Zu einem bejahendem Resultat innerhalb dieser Gruppe kommen manche dadurch, daß sie sagen, eine Zerschlagung des Anteils am Nachlaß in mehrere Teile sei zulässig, denn wenn ein Miterbe vor erfolgter Auseinandersetzung sterbe und von mehreren Miterben wiederum beerbt werde, so ergebe sich,

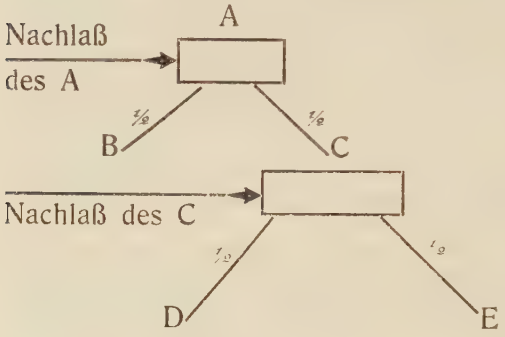
---

[1]) Planck Anm. 1 zu § 2033; Kipp S. 274; Strohal S. 419 Anm. 3b RGR Komm. Anm. 2 zu § 2033; OLG Köln in Warn. E. 6, 293; BOLG ebenda 21, 116; OLG Hamburg OLG 30, 182; Binder, Grundriß S. 36.

[2]) Hahn S. 31.

[3]) Fitting S. 84.

daß der Anteil des zweiten Erblassers am Nachlaß des ersten Erblassers in mehrere Teile zerfalle,[1]) über die jeder der Miterben des zweiten Erblassers für sich verfügen könne. Allein dies trifft nur, und zwar nur praktisch in dem Fall zu,[2]) wenn der Anteil des zweiten Erblassers am Nachlaß des ersten Erblassers den alleinigen Nachlaß des zweiten Erblassers bildet. Nehmen wir der Uebersichtlichkeit und Kürze des Ausdrucks halber folgendes Beispiel:



A = erster Erblasser
B und C = dessen Erben
C = zweiter Erblasser, gestorben vor der Auseinandersetzung mit B über den Nachlaß des A.
D und E = die Erben des C je zur Hälfte.

Der Anteil des C am Nachlaß des verstorbenen A ist Nachlaßgegenstand des Nachlasses des verstorbenen C. An sich können also D und E nur gemeinschaftlich über ihn nach § 2040 Abs. 1 verfügen, ebenso wie über andere Vermögensstücke des verstorbenen C nach den für diese geltenden Vorschriften. Ueber ihren Anteil am Nachlaß des verstorbenen C kann D und E jeder für sich verfügen. Besteht nun der Nachlaß des C lediglich aus dem Anteil am Nachlaß des verstorbenen A, so kommt praktisch eine Verfügung z. B. des D über seinen Anteil am Nachlaß des verstorbenen C einer Verfügung über die Hälfte des Anteils des C am Nachlaß des verstorbenen A gleich. Abgesehen davon, daß der hier angeführte Fall im Leben überhaupt nicht vorkommen dürfte,[3]) beweist er nicht, daß der Anteil des C am Nachlaß des verstorbenen A in zwei Teile zerfällt, denn D und E steht er, auch wenn er der einzige Nachlaß-

[1]) Ostermann S. 27; Staudinger Anm. 1 c zu § 2033.
[2]) Was Ostermann S. 27 nebenbei selbst zugibt.
[3]) Da es sich um eine Beschränkung des Nachlasses auf den einen Gegenstand schon beim Erbfall handelt. Oefters mag die Beschränkung der Erbengemeinschaft auf einen Gegenstand z. B. auf ein Grundstück durch Sachabschichtung vorkommen so KGJ 52, 273, Boscher 58 S. 148.

gegenstand ist als Nachlaßgegenstand zur gesamten Hand zu. Dazu kommt aber noch, daß selbst wenn diese Ansicht richtig wäre, sie doch keinesfalls als Beweis für die aufgestellte Behauptung dienen könnte, denn sie würde nur beweisen, daß ein Anteil am Nachlaß von Gesetzeswegen infolge Erbgangs in mehrere Teile zerfallen kann, nicht aber, daß der Anteilsinhaber den Anteil am Nachlaß nach seiner Willkür in mehrere Teile zerschlagen könne und das ist doch die hier zu entscheidende Grundfrage. Aus demselben Grunde ist auch Pringsheims[1]) Beweisführung nicht durchschlagend, der die Uebertragbarkeit des Bruchteils des Anteils aus dessen Wesensgleichheit mit dem Anteil selbst und mit dem Hinweis auf den von Planck als Beweis angeführten Fall herleitet. Auch hier ist zu sagen, daß die an sich wohl richtige Feststellung der Wesensgleichheit des Teils der Quote mit dieser selbst hinsichtlich der zuvor zu entscheidenden Frage, ob ein Nachlaßanteil durch Willkür des Inhabers geteilt werden kann oder nicht weder für eine positive noch für eine negative Lösung etwas beweist. In diese Gruppe gehört auch noch die Ansicht, die umgekehrt aus § 1922 Abs. 2 folgert, daß der Miterbe ebensowenig wie der Alleinerbe über einen Bruchteil seiner Erbschaft verfügen könne[2]), und daß die andern Ansichten den Unterschied zwischen Anteil am Nachlaß und Bruchteil der Erbschaft unbeachtet lassen.[3]) Gegen diese Ansicht ist zu sagen, daß der Alleinerbe über einen Bruchteil seiner Erbschaft aus dem einen Grund nicht verfügen kann, weil für ihn auch eine Verfügung über die ganze Erbschaft unmöglich ist, da er frei über die einzelnen Nachlaßgegenstände verfügen kann. Er hat an der Erbschaft überhaupt keinen Anteil oder Anteile wie ein Miterbe. Diese Tatsache läßt eine Anwendung der Vorschrift des § 1922 Abs. 2 in diesem Falle als ungerechtfertigt erscheinen,[4]) zum mindesten ist diese Begrün-

[1]) Pringsheim Rechtsstellung S. 46.

[2]) So Kretzschmar, Lehrbuch S. 480, Kretzschmar im Recht 8, 266 ff.; Hörle ZfGG 9, 765 Anm. 3.

[3]) Der Vorwurf Kretzschmars, die gegnerischen Ansichten beruhen auf der Unterlassung der Unterscheidung zwischen Anteil am Nachlaß und Bruchteil der Erbschaft, ist unverständlich. Gegen wen soll sich der Vorwurf des Näheren richten? Daß ein großer Unterschied zwischen beiden besteht ist nicht zu bezweifeln, aber daß Kretzschmars Gegner ihn übersehen, ist nirgends ersichtlich.

[4]) Vgl. auch K. selbst ZfGG 18 S. 9 ff. § 2033 stellt sich somit als Ausnahme von der Vorschrift des § 1922 dar.

dung formalistisch und nicht von überzeugender Beweiskraft. Auch die von Kretzschmar im Anschluß an eine allerdings sehr unklar begründete Entscheidung des Kammergerichts[1]) neuerdings gemachten Ausführungen[2]) können als Beweis für unsere Streitfrage nicht in Betracht kommen.

Kretzschmar führt ins Feld, es entstehen, falls man die Bruchteilsübertragung des Anteils zulasse, infolge des Gesamthandscharakters der Erbengemeinschaft und des Bruchteilsgemeinschaftscharakters der Gemeinschaft zwischen Veräußerer und Erwerber hinsichtlich des geteilten Anteils[3]) Schwierigkeiten und zwar in theoretischer Beziehung, insofern als man sich nicht vorstellen könne, daß innerhalb einer Gesamthand eine Bruchteilsgemeinschaft existiere und praktisch insofern, als der Anteil des Bruchteilserwerbers nicht im Grundbuch eingetragen werden könne, ohne daß das Gesamthandseigentum am Grundstück im Grundbuch in unzulässiger Weise ziffermäßig gebucht werde. Der Fehler der Kretzschmar'schen Beweisführung liegt in diesem Fall darin, daß er übersieht, daß die „Gesamthand" im BGB nur eine gemeinsame Bezeichnung ist, die einen bestimmten einheitlichen normativen Inhalt nicht hat.[4]) Gerade in der Anwendung auf Sonderfälle der Erbengemeinschaft führt dieses Versehen zu falschen Resultaten und Schwierigkeiten.[5]) Der Gesetzgeber hat bei der Erbengemeinschaft abweichend von der Gesellschaft und der Gütergemeinschaft die Verfügung über den Anteil am ganzen Nachlaß zugelassen. Insoweit kann man sagen[6]) ist die Erbengemeinschaft Bruchteilsgemeinschaft, denn jeder Anteilsinhaber kann über diesen Anteil frei verfügen, er steht ihm allein zu. Bezüglich der einzelnen Gegenstände des Nachlasses besteht aber bei der Erbengemeinschaft genau wie bei der Gesellschaft und Gütergemeinschaft Gesamthand, sie stehen nur allen Miterben bzw. Anteilsinhabern zur gesamten Hand zu. Diese Sätze lassen sich in ihrer normativen Bedeutung

[1]) KG Ring 14, 76 ff.
[2]) ZfGG 18 S. 9 ff.
[3]) a. A. KG Recht 1928 Nr. 2357; wie Kretzschmar RGR Komm. Anm. 2 zu § 2033.
[4]) RG 65, S. 227.
[5]) Die folgenden Ausführungen richten sich auch gegen KG Ring 14 S. 76 und gegen RGR Komm. Anm. 2 zu § 2033, deren schwankende und zwiespältige Begründung Kretzschmar mit Recht angreift.
[6]) Nur als Formulierung. Vgl. Cosack-Mitteis Lehrbuch S. 415 u. 416.

nicht anzweifeln, denn sie sind das positive Gesetz selbst.[1]) Zu Formulierungszwecken kann man zwar die Erbengemeinschaft als Gesamthandsgemeinschaft bezeichnen, nicht angängig ist es aber, aus der Formulierung einen Schluß für die Lösung eines Normativproblems zu ziehen. Das tut Kretzschmar, wenn er davon ausgeht, daß zwischen den Miterben auch hinsichtlich ihres Anteils am Gesamtnachlaß eine Gemeinschaft zur gesamten Hand bestehe. Bei der Erbengemeinschaft ist es hinsichtlich des Anteils am Nachlaß als Ganzem nicht anders wie bei einem Anteil einer Bruchteilsgemeinschaft, nur daß hier als Gegenstand der Gemeinschaft der Nachlaß als Ganzes, als Vermögenseinheit tritt. Macht nun ein Miterbe aus seinem Anteil z. B. zwei gleiche Anteile und überträgt er den einen auf einen Dritten, so ist die Folge einmal, daß der Andere hinsichtlich der Hälfte des Anteils des Veräußeres in die Bruchteilsgemeinschaft am Nachlaß als Ganzem eintritt, die nach wie vor eine solche war und ist. Dadurch tritt er aber auch in die Gesamthand hinsichtlich jedes zum Nachlaß gehörigen Gegenstands, denn er erhält nach Inhalt und Wesen eben dasselbe Recht wie sein Vorgänger.[2]) Es entstehen aber auch grundbuchmäßig keine Schwierigkeiten. Der Eintrag des Grundbuchs bezieht sich, da er sich nur auf das Eigentum am Grundstück erstreckt, das Nachlaßgegenstand ist nur auf das Gesamtverhältnis der Anteilsinhaber am Grundstück[3]). Der Eintrag im Grundbuch bezieht sich nicht auf die Bruchteile am Nachlaß als Ganzem. Damit ist die Notwendigkeit und Zulässigkeit einer ziffermäßigen Nennung des Bruchteilserwerbers im Grundbuch ausgeschlossen. In dem von Kretzschmar angezogenen Fall sind eingetragen als Eigentümer: „A, B, C, auf Grund Erbengemeinschaft." Tritt nun A die Hälfte seines Anteils am Nachlaß als Ganzem an D ab, so wird D Miteigentümer zur gesamten Hand am Grundstück. Grundbuchmäßig wäre der Fall so zu behandeln, daß zu dem Eintrag „A, B, C, kraft Erbengemeinschaft hinzuzufügen wäre: „hinzugetreten D." Letzten Endes ist Kretzschmar auch darin nicht Recht zu geben, daß beim Verkauf des Bruchteils an Miterben

[1]) § 2033 Abs. 1 und § 2040 Abs. 1.
[2]) Vgl. § 11 der Darstellung. Zustimmend KG Recht 1928 Nr. 2357.
[3]) Und das auch wenn gar keine Veräußerung von Anteilen am Nachlaß stattfindet. Das Bruchteilsverhältnis hinsichtlich der Anteile am Nachlaß als Ganzem wird im Erbschein und nicht im Grundbuch bezeugt.

in der von ihm dargelegten Richtung ein grundsätzlicher Unterschied bestehe und deswegen von seinem Standpunkt aus die Zerschlagung des Anteils zuzulassen sei. Der erwerbende Miterbe erwirbt den z. B. gekauften Bruchteil am Anteil als besonderen selbständigen Anteil, der seinem ererbten Anteil nicht anwächst, sondern seine eigenen Wege geht.[1]) So kann der zuerworbene Anteil beim Erwerb mit einem Pfandrecht belastet sein oder sein seitheriger Inhaber unbeschränkt haften.[2]) Auch bei Ausübung des Vorkaufsrechts durch die Miterben fällt der Anteil des austretenden Miterben den vorkaufenden Miterben zunächst zur gesamten Hand zu,[3]) getrennt von ihrem ererbten Anteil, der jedem für sich zusteht.

Die auf diesem Wege gefundenen „Beweise" vermögen nicht zu überzeugen, einerlei ob sie für oder gegen die Abtretbarkeit des Bruchteils des Anteils sprechen sollen. Zu einer im Ergebnis und in der Begründung befriedigenden Lösung kann nur der Weg der Abwägung der vom Gesetzgeber verfolgten Zwecke führen. Damit ist nicht gesagt, daß das Problem auf diesem Wege leichter zu lösen sei. Ansätze zu einer Lösung dieser Art finden sich bei Endemann,[4]) bei Leonhard[5]) und bei Kretzschmar.[6]) Endemann folgert die Uebertragbarkeit des Bruchteils des Anteils aus dem Verwertungszweck, den der Gesetzgeber bei Zulassung der Abtretbarkeit des Anteils überhaupt im Auge gehabt hat.[7]) Umgekehrt folgert Kretzschmar, daß der Zweck, den Miterben eine Verwertung ihres Anteils zu ermöglichen, eine Ausdehnung der Gestattung von Verfügungen auf Bruchteile des Anteils nicht erfordere.[8]) Leonhard ist derselben Ansicht. Er begründet sie seinerseits damit, daß bei Zulassung der Uebertragbarkeit des Bruchteils am Nachlaß eine Verwirrung der erbrechtlichen Verhältnisse zu befürchten wäre, was der in § 1950

---

[1]) Etwas anderes ist, wenn der Anteil eines ausscheidenden Miterben nicht von den Uebrigen gekauft wird, sondern die dem Anteil entsprechenden Werte aus dem Nachlaß ausgefolgt werden, denn dann liegt eine Auseinandersetzung vor. Vgl. S. 13/14 der Darstellung.
[2]) Vgl. S. 16 der Darstellung.
[3]) § 513 BGB.
[4]) S. 1026.
[5]) II D zu § 2033.
[6]) ZfGG 18, S. 9.
[7]) Prot. V, 837.
[8]) Ohne nähere Begründung.

BGB zum Ausdruck gebrachten Absicht des Gesetzgebers widerspreche.

Wir haben demnach zu untersuchen, in welchem Verhältnis die Zwecke, die der § 2033 Abs. 1 und die Zwecke die der § 1950 verfolgt, zueinander stehen. Nach den Motiven[1]) und einheitlicher Meinung[2]) bezieht sich die Beschränkung des § 1950 einmal auf Erbteile,[3]) dann aber auch auf Bruchteile einer Erbschaft bzw. eines Anteils. Wenn ein Vater dem ihm angefallenen aber noch nicht angenommenen großväterlichen Nachlaß bzw. Nachlaßanteil seinem Sohn zur Hälfte zukommen lassen will, so kann er es nicht so machen, daß er die angefallene Erbschaft zur Hälfte ausschlägt und zur andern Hälfte annimmt. In den Motiven ist gesagt, daß für den Erlaß dieser Vorschrift Gründe der Zweckmäßigkeit maßgebend gewesen seien.[4]) Welche diese Zweckmäßigkeitsgründe sind, ist des Näheren nicht gesagt. Allein es ist nicht schwer, diese Gründe selbst zu finden. Durch jede Teilung werden die Erbschaftsverhältnisse komplizierter; es soll nicht der Willkür des Erben überlassen bleiben, durch Teilung eine Erschwerung und Erweiterung der Aufgaben herbeizuführen, die ein Erbfall schon sowieso mit sich bringt. Geschützt werden durch diese Vorschrift die andern Nachlaßbeteiligten. Es sollen den Nachlaßschuldnern durch Willkür eines Erben nicht mehr Gläubiger gegenüber gestellt werden als ohnedies,[5]) den Nachlaßgläubigern nicht die Geltendmachung und Sicherheit ihrer Ansprüche durch weitere Zersplitterung erschwert werden,[6]) den übrigen Miterben gegenüber die Verwaltung und Auseinandersetzung des Nachlasses durch Vermehrung der Miterbenzahl nicht noch umständlicher gemacht werden.[7]) Bei dem oben angezogenen Beispiel sind diese Folgen an sich nicht schlimm.[8]) Der Gesetzgeber ist mit Recht aber offenbar davon ausgegangen, daß die Frage, ob ein Erbe seine

---

[1]) Mot. V S. 506: „Die Fassung nicht auf einen Teil" umfaßt sowohl die Beschränkung auf „einzelne Stücke oder Bestandteile der Erbschaft als die Beschränkung auf einen Bruchteil."
[2]) RGR Komm. Anm. 1 zu § 1950 BGB.
[3]) Vgl. § 1922 Abs. 2.
[4]) Mot. V S. 506.
[5]) Vgl. § 2039 BGB.
[6]) Vgl. § 2059 ff.; § 2040 Abs. 1 BGB.
[7]) Vgl. § 2038, 2042 ff. BGB.
[8]) Anders wäre es bei mehrfacher Teilung.

Erbschaft zum Teil annehmen und zum Teil ausschlagen könne, entweder zu bejahen oder zu verneinen sei. Ganz abgesehen davon, daß natürlich auch schon durch eine einfache Teilung die Erbschaftsverhältnisse komplizierter werden.

Fragen wir uns nun, ob bei einer Zerschlagung des Anteils an einer Erbschaft durch einen Miterben nach erfolgter Annahme die Interessen der Beteiligten ebenso gelagert sind, so muß die Antwort bejahend ausfallen. Ohne Miterbe zu werden[1]) würde der Erwerber eines Bruchteils eines Anteils Gläubiger im Sinne des § 2039 BGB, Schuldner und Haftender im Sinne der §§ 2059 ff. BGB, Mitverwalter nach § 2038 BGB und Auseinandersetzungsbeteiligter nach § 2042 BGB und § 86 Abs. 2 FGG. Durch seinen Eintritt würden die Erbschaftsverhältnisse nicht weniger kompliziert, als durch den Hinzutritt eines Andern als Erben durch Ausschlagung eines Teils der Erbschaft durch den Erstberufenen.

Die gleiche Interessenlage verlangt gleiche Behandlung. Somit ist unser Ergebnis, daß eine Zerschlagung des Anteils durch die Miterben in Bruchteile und damit die Uebertragbarkeit dieser Bruchteile grundsätzlich ausgeschlossen ist. Daran kann auch die Tatsache nichts ändern, daß wie schon oben erwähnt, den übrigen Miterben bei der Veräußerung einer Bruchteilsquote am Nachlaß das Vorkaufsrecht zustehen würde. Wenn die Miterben bei Veräußerung des ganzen Anteils aus irgend einem Grunde[2]) ihr Vorkaufsrecht nicht geltend machen können, so werden die Interessen der Nachlaßgläubiger und Nachlaßschuldner ganz unwesentlich und die Interessen der Miterben nur insofern berührt, als an die Stelle des einen seitherigen Miterben ein Fremder tritt. Ganz anders wäre die Lage, wenn an die Stelle des einen Miterben ein Miterbe und ein Fremder oder mehrere Fremde treten würden.

Eine Ausnahme muß indessen für den Fall gemacht werden, daß die Miterben von ihrem Vorkaufsrecht Gebrauch machen.[3]) In diesem Fall treffen die Bedenken, die den Gesetzgeber zur Ablehnung der Zerschlagbarkeit des Anteils am Nachlaß be-

---

[1]) a. A. Leonhard; vgl. § 12 der Darstellung Anm. III C zu § 2033.
[2]) z. B. Geldmangel.
[3]) Im Ergebnis zustimmend Kretzschmar ZfGG 18 S. 9. Das Gleiche gilt, wenn sie oder einer von ihnen den Anteil unmittelbar erwerben.

wogen haben, nicht zu. Da die Personen dieselben bleiben, haben die Nachlaßschuldner nach wie vor die gleichen und gleichviele Gläubiger, entsprechendes gilt umgekehrt bei den Nachlaßgläubigern, letzten Endes tritt hier eine Komplizierung der Verwaltung des Nachlasses und der Auseinandersetzung nicht ein.

§ 8. Das dingliche und das obligatorische Geschäft.

Die Begründung einer Verpflichtung zur Uebertragung eines Anteils am Nachlaß erfolgt durch Vertrag der gerichtlich oder notariell bekundet sein muß.[1]) Die Erfüllung dieser Verpflichtung durch Uebertragung des Anteils am Nachlaß erfolgt gleichfalls durch Vertrag, der gerichtlich oder notariell zu beurkunden ist.[2]) Die Einwirkung dieser doppelten Gleichheit auf das Verhältnis von dinglichem und obligatorischem Geschäft soll hier näher untersucht werden. Dabei erheben sich zunächst zwei Fragen. Einmal, ob das eine Geschäft im andern enthalten ist und dann, ob das nichtige obligatorische Geschäft durch das gültige Erfüllungsgeschäft geheilt wird.

Die erste Frage ist zu verneinen. Die Gleichheit der Formen und die Gleichheit des Uebertragungsgeschäfts haben nicht zur Folge, daß der Unterschied zwischen dinglichem und obligatorischem Geschäft aufgehoben wird. Dies ist beim Anteil am Nachlaß so wenig der Fall wie bei einer Forderung, bei der sowohl die Begründung der Verpflichtung zur Uebertragung als auch die Uebertragung der Forderung selbst durch formfreien Vertrag erfolgt. Maßgebend ist allein der Inhalt des Vertrags. Ergibt die Auslegung, daß eine unmittelbare Vermögensverschiebung von den Parteien gewollt ist, so liegt eine Uebertragung nach § 2033 Abs. 1 vor. Nicht zu billigen ist daher die Ansicht Josefs, daß die Beteiligten eines Vertrags nach § 2371 ausnahmslos auch dessen Uebereignung nach § 2033 Abs. 1 verstehen und daß sie lediglich obligatorische Verpflichtungen begründen wollen, komme niemals vor, weshalb der § 2033 Abs. 1 Satz 2 überflüssig sei. Es ist nicht ersichtlich, warum nicht auch bei der Veräußerung des Anteils am Nachlaß

[1]) § 2371.
[2]) § 2033 Abs. 1 Satz 2.

wie überall aus irgendwelchen Gründen das obligatorische Geschäft zunächst allein abgeschlossen werden könnte und das dingliche erst später nachfolgen soll. Josefs Ansicht tut den Tatsachen des täglichen Lebens Gewalt an und schaltet den wirklichen Willen der Parteien kurzerhand aus.[1]) Richtig ist nur, daß das Wort „ich verkaufe" u. U. auch einen Uebertragungswillen zum Ausdruck bringen kann und vielfach bringt.[2]) Die Tatsache, daß dieser Ausdruck bei der Erbschaftsveräußerung des Alleinerben und bei der Veräußerung z. B. eines Grundstücks niemals als Verfügungserklärung zu werten ist, wird sicher von niemand bezweifelt werden, umsomehr aber der Schluß, den Josef daraus zieht, daß nämlich der Ausdruck „ich verkaufe" bei Veräußerung des Anteils am Nachlaß nur Verfügungsausdruck sein könne. Diese Ausführungen Josefs stehen mit der von ihm nebenbei selbst gemachten Bemerkung, daß außer dem Ausdruck „ich verkaufe" der anderweitige Inhalt des Vertrags auf eine Verfügungsabsicht der Beteiligten hinweisen müsse, in direktem Widerspruch.

Genau so wie diese Frage muß auch die umgekehrte Frage, ob jemand, der seinen Anteil am Nachlaß überträgt, auch für den Fall des Mißlingens der Uebertragung zur Uebertragung des Anteils verpflichtet bleibt, beantwortet werden. Auch hier ist letzteres nicht ohne weiteres anzunehmen, sondern es muß eine besondere direkte oder indirekte Willenserklärung vorliegen, die verpflichtenden Inhalt hat.[3]) Die Ansicht Kretzschmars,[4]) daß, falls kein besonderer obligatorischer Vertrag

---

[1]) Arch. Ziv. Prax. Bd. 99 S. 323; Arch. f. Bürg. Recht Bd. 39 S. 301. So hat denn auch das OLG Posen (OLG 21, 360) einen Vertrag des Wortlauts: „der Ehemann verkauft, die seiner Frau angefallene Erbschaft, zu welcher Grundstücke nicht gehören seinem Sohn zu M 3000— in dem Zustand, in dem sie sich heute befindet" nur als obligatorischen Verpflichtungsvertrag nach § 2371 und ausdrücklich nicht als Uebertragungsvertrag nach § 2033 BGB angesehen. Vgl. hiezu auch OLG Hamburg OLG 13, 421. Mit diesem Hinweis erledigt sich auch Josefs Vorwurf gegen die Entscheidung des OLG Posen, das OLG Posen habe die Frage nicht geprüft, ob bei der Erbteilsveräußerung neben der Verpflichtungserklärung noch eine besondere Uebertragungserklärung nötig sei.

[2]) Leonhard VI zu § 2033, RG im Recht 1912 Nr. 1323; RG 61, 78 Planck Anm. 2e zu § 2033. Unbestimmt Dernburg S. 560.

[3]) RG Recht 1907 Nr. 3531; RG JW 1909 Nr. 14; Leonhard Anm. VI zu § 2033; RG 60, 133; Strohal II S. 95 Anm. 14a und 15.

[4]) Recht 1908 S. 267 ohne Begründung.

abgeschlossen ist, das Verpflichtungsgeschäft in dem Verfügungsgeschäft enthalten sei, ist demnach unrichtig.

Wir haben also auch bei der Erbteilsveräußerung streng zu scheiden zwischen der Verpflichtung zur Uebertragung und der Uebertragung selbst. Die Gleichheit des obligatorischen Geschäfts mit dem dinglichen nach Art und Form läßt eine Verbindung beider Rechtsgeschäfte in derselben Urkunde[1]) zweifellos zu. Allein es muß in dieser Urkunde sowohl der Verpflichtungs- als auch der Verfügungswille der Parteien übereinstimmend zum Ausdruck kommen. Die gleiche Form kann schon deswegen nichts an diesem Erfordernis ändern, weil nur beurkundet werden kann, was wirklich erklärt ist.

Verfügungen haben grundsätzlich abstrakten Charakter. Ein Grund diese Regel bei einer Verfügung über den Anteil am Nachlaß als aufgehoben anzusehen, wie das Josef[2]) tut, ist nicht vorhanden. Es ist durchaus möglich,[3]) daß die Uebertragung des Nachlaßanteils als abstraktes Rechtsgeschäft vorkommen kann, und es führt zur Annahme dieser Möglichkeit nicht allein eine dem wirklichen Leben völlig abgewandte Einbildungskraft, wie Josef meint. Eine andere Frage ist, ob wenn die Parteien das dingliche und obligatorische Geschäft als ein Rechtsgeschäft gestaltet haben, die Nichtigkeit des obligatorischen Bestandteils des Geschäfts auch zur Nichtigkeit des dinglichen Bestandteils führt. Hier ist nach § 139 BGB zu entscheiden. Demnach kann die Entscheidung nach Lage des Falles positiv[4]) oder negativ[5]) ausfallen.

Wir haben also mit der Möglichkeit einer dinglichen Uebertragung des Erbanteils zu rechnen, der ein ungültiges oder gar kein obligatorisches Geschäft zu Grunde liegt. Hier erhebt sich die Frage, ob der formgültige dingliche Vertrag den ungültigen obligatorischen Vertrag heilt. Nimmt man letzteres an, so hat der Erwerber, z. B. wenn der Anteil am Nachlaß verkauft ist, den Kaufpreis zu bezahlen und darf den Anteil behalten. Nimmt man keine Heilung an, so ist er zu einer Zahlung des Kaufpreises nicht verpflichtet, wohl aber zur Rückübertragung des

[1]) OLG Frankfurt OLG 16, 280.
[2]) Arch. Ziff. Prax. 99 S. 324.
[3]) Strohal II S. 95 Ziff. 2; RG Warn. E. 1925 Nr. 168; Fitting S. 82.
[4]) So OLG Frankfurt OLG 16, 280.
[5]) So RG Warn. E. 1925 Nr. 162.

Anteils am Nachlaß nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung,[1]) da die Uebertragung ohne rechtlichen Grund stattgefunden hat. Zurück zu übertragen ist in diesem Fall der Anteil nach den Formvorschriften des § 2033 BGB. Falls eine Auseinandersetzung stattgefunden hat, hat der Erwerber die an Stelle seines Anteils getretenen Gegenstände herauszugeben.[2]) Hat nur eine sachlich beschränkte Auseinandersetzung stattgefunden, so hat der Anteilserwerber außer seinem Anteil die Gegenstände, die er bei der Auseinandersetzung erhalten hat dem Anteilsveräußerer zurück zu übertragen. Die Gegenstände sind nach den für sie geltenden Formvorschriften und nach Maßgabe der Bereicherung des Erwerbers zurück zu übertragen. Bei einer persönlich beschränkten Auseinandersetzung liegt eine Bereicherung nur in dem Fall vor, wenn der Erwerber selbst aus der Erbengemeinschaft ausgetreten ist; in diesem Fall gilt für ihn das zur sachlich beschränkten Auseinandersetzung bezüglich der ausgefolgten Gegenstände Gesagte. Den Anteil hat er selbstverständlich, soweit er nicht ausgeschrieben ist, zurück zu übertragen.

Die Frage, ob eine Heilung des obligatorischen Geschäfts durch das formgerecht vorgenommene dingliche Geschäft eintritt, ist sehr bestritten.[3]) Diejenigen, die eine Heilbarkeit zulassen, gehen in der Begründung auseinander. Die einen Vertreter dieser Ansicht stützen sich auf die Analogie zu § 313 Satz 2.[4]) Die Andern verwerfen die Analogie zu § 313 Satz 2 und stützen sich auf § 15 Abs. 3 Satz 2 des G. m. b. H.-Gesetzes.[5]) Um etwas ganz anderes handelt es sich bei der Frage, ob in der formgültigen Uebertragung des Anteils eine Bestätigung des obligatorischen Vertrags im Sinne des § 141 BGB zu erblicken ist.[6])

Nicht zu billigen ist zunächst die Ansicht Cohns,[5]) daß in dem § 15 Abs. 3 Satz 2 des G. m. b. H.-Gesetzes der allgemeine

[1]) § 812 ff. BGB.
[2]) 818 Abs. 1 BGB.
[3]) Dafür z. B. Strohal II S. 97; Leonhard Anm. III C zu § 23071; Kretzschmar S. 481. Dagegen z. B. OLG Frankfurt OLG 16, 280; Wolff S. 19; Nölle S. 14; Planck Anm. 2b zu § 2033; RGR Komm. Anm. 3 zu 2033; Endemann S. 1036; OLG Hamburg OLG 14, 285; unentschieden RG 79, 241.
[4]) Strohal a.a.O.; Leonhard a.a.O.; Kretzschmar a.a.O.; Ostermann S. 31; Hahn S. 32.
[5]) Cohn JW 1913 S. 289.
[6]) Wie RGR Komm. und Planck a.a.O. meinen.

Grundsatz zum Ausdruck gelangt sei, daß bei gleichem Formerfordernis für dingliches und obligatorisches Geschäft die mangelnde Form des Kausalgeschäfts durch das formgerecht errichtete Erfüllungsgeschäft geheilt werde. Das ergibt der eindeutige Charakter des G. m. b. H.-Gesetzes als Spezialgesetz. Es ist unverständlich, warum der Gesetzgeber einen derartig allgemeinen Grundsatz gerade im G. m. b. H.-Gesetz als Grundsatz zum Ausdruck bringen soll. Auch eine analoge Anwendung des § 15 Abs. 3 Satz 2 des G. m. b. H.-Gesetzes erscheint bei dem großen Unterschied zwischen Erbanteil und G. m. b. H.-Anteil nicht gerechtfertigt.

Indessen kann auch nicht der Ansicht Strohals und seiner Anhänger[1]) beigepflichtet werden, daß in § 313 Satz 2 BGB ein allgemeiner Grundsatz dahingehend ausgesprochen sei, daß die formungültige Verpflichtung durch die formgültige Erfüllung geheilt werde. Daran ändert nichts die Tatsache, daß noch in zwei andern Fällen des BGB, nämlich in § 518, 766 dem § 313 Satz 2 ähnliche Vorschriften gegeben sind. Diese Vorschriften sind trotzdem Spezialvorschriften und können auf die Uebertragung des Erbanteils keine Anwendung finden.[2]) Der § 313 Satz 2 spricht nur von der Verpflichtung der Eigentumsübertragung an Grundstücken, die hier durch die höhere Form der Auflassung und Eintragung ins Grundbuch geheilt wird. § 518 gilt nur für das Schenkungsversprechen, nicht für den Schenkungsvertrag, der z. B. auch bei der Schenkung des Erbteils beurkundet sein müßte.[3]) Der § 766 BGB gilt nur für Bürgschaftserklärung, nicht für den Bürgschaftsvertrag. Hätte der Gesetzgeber einen allgemeinen Grundsatz aussprechen wollen, so hätte er dies im allgemeinen Teil des BGB an der Stelle getan, wo er die Form des Rechtsgeschäfts behandelt, nicht aber vereinzelt bei der Behandlung spezieller Rechtsinstitute. Konsequenterweise müßte die von uns bekämpfte Ansicht dazu führen, daß auch bei anderen Rechtsinstituten die Heilung des Verpflich-

---

[1]) Siehe Anm. 2 auf S. 55 der Darstellung.

[2]) OLG Naumburg, zit. im RG 79, 241; OLG Frankfurt OLG 10, 280 Endemann a.a.O.

[3]) Es ist hier ebenso wie beim Verhältnis von § 313 zu § 518. Die Schenkung ist ein Vertrag und es muß daher ebenso wie bei Grundstücken auch beim Nachlaßanteil die Annahme beurkundet werden. A. A. anscheinend Strohal II S. 96 Anm. 16.

tungsgeschäfts durch das gültige Erfüllungsgeschäft erfolgt. Daß das unmöglich ist, kann nicht bezweifelt werden. So wird niemand annehmen, daß eine wegen Verletzung des Formerfordernisses des § 761 BGB nicht bestehende Verpflichtung durch die Leistung der Leibrente existent werde oder daß, wenn das auf Grund eines nur mündlich abgegebenen abstrakten Schuldversprechens[1]) Versprochene geleistet wird, dadurch eine abstrakte Schuld des Leistenden nachträglich entstehe. Der Umstand, daß bei der Uebertragung des Anteils am Nachlaß das dingliche und das obligatorische Geschäft dieselben Formen erfordern, kann die Richtigkeit unserer Ansicht nicht erschüttern.[2]) Auch nicht der angebliche Wegfall der Haftung des Erwerbers des Anteils nach § 2382 BGB.[3]) Der § 2382 läßt die Haftung deswegen schon vom Kaufzeitpunkt an eintreten, um den Nachlaßgläubigern die oft schwierige Kontrolle über den tatsächlichen Uebergang des Anteils bzw. beim Alleinerben der Nachlaßgegenstände zu ersparen. Ist aber schon übertragen, so ist es für die Haftung des Erwerbers gleichgültig, ob seinem Erwerb ein gültiges Grundgeschäft zu Grunde lag oder nicht.[4]) Dies ergibt ein Schluß a maiore ad minus und ein Vergleich mit § 419 BGB.

Wir haben nun noch zu prüfen, ob in der formell gültigen Uebertragung des Anteils am Nachlaß eine wirksame Bestätigung des schuldrechtlichen Vertrags nach § 141 BGB liegt.[5]) Dabei muß man sich vergegenwärtigen, daß die Bestätigung eines nichtigen Rechtsgeschäfts nach § 141 BGB als erneuter Abschluß, bei dem alle sachlichen und förmlichen Errichtungserfordernisse neu erfüllt werden müssen, zu betrachten ist.[6]) Zieht man dazu noch in Betracht, daß die Beteiligten in Kenntnis der Nichtigkeit handeln müssen[7]), so kommt man zu dem Ergebnis, daß eine Bestätigung im dinglichen Geschäft, nicht wie Planck meint, sehr häufig, sondern sehr selten zu erblicken sein wird. Es ist zwar bei Gleichheit der Form hinsichtlich dieser keine

---

[1]) § 780, 781 BGB.
[2]) Er sagt weder etwas für noch gegen sie. A. A. Hahn S. 52.
[3]) Eccius Gruchot 43 S. 808 Anm. 15.
[4]) Kretzschmar S. 481.
[5]) RGR Komm. Anm. 3 zu § 2033; Planck Anm. 2b zu § 2033.
[6]) Lehmann, Allg. Teil des BGB § 27 II 1c.
[7]) RG 93, 228.

Schwierigkeit vorhanden. Allein es wird wohl an den sachlichen Voraussetzungen einer Neuvornahme meistens fehlen, insbesondere an der Erklärung eines Verpflichtungswillens. Wenn die Beteiligten die Nichtigkeit des obligatorischen Geschäfts aber kennen, werden sie dafür Sorge tragen, daß es durch ein gültiges ersetzt wird, sofern ihnen an seiner Gültigkeit etwas liegt.

In diesem Zusammenhang haben wir noch zu der von Endemann[1]) aufgestellten Ansicht Stellung zu nehmen, die dahin geht, der § 2173 besage weiter nichts, als daß der Umfang jeder dinglichen Veräußerung aus dem zugehörigen obligatorischen Grundgeschäft zu bestimmen sei. Dieser Ansicht kann nicht beigestimmt werden. § 2371 bezieht sich nur auf das obligatorische Geschäft, denn er spricht nur vom Verkauf, nicht aber von der Uebertragung des Anteils, die zur Zeit der Aufstellung der Vorschrift des § 2373 noch gar nicht zulässig war. Es sind aber für die Entscheidung der Frage, ob z. B. später anfallende Anteile auch übertragen sind, lediglich die Bestimmungen, die den dinglichen Vertrag betreffen, maßgebend. Es kann gut der später anfallende Erbteil mitverkauft, aber nicht mitübertragen sein. Daß ein dingliches Rechtsgeschäft mit den Auslegungsvorschriften, die für sein Grundgeschäft gelten, auszulegen sei, ist nirgends ersichtlich.

§ 9. Die Verfügungserklärung.

Die Parteien, die einen Anteil veräußern bzw. erwerben, drücken sich bei der Abtretung — und Annahmeerklärung vielfach ungenau aus. Die Folge davon sind Auslegungschwierigkeiten. Soweit diese die Frage betreffen, ob eine Verpflichtung oder eine Verfügung oder beides in der Erklärung der Parteien enthalten ist, sind sie schon behandelt.[2])

Die Verfügung über den Anteil am Nachlaß ist ein Rechtsgeschäft unter Lebenden. Für die Auslegung der dabei abzugebenden Willenserklärungen sind daher maßgebend die allge-

[1]) JW 1910 S. 89 ff.

[2]) Vgl. § 8. Ebenso wenig wird hier die Frage untersucht, ob, wenn eine Teilauseinandersetzung bei Abtretung des Anteils am Nachlaß schon stattgefunden hatte, auch die dem Veräußerer bei der Teilauseinandersetzung zugeteilten Gegenstände von diesem auf den Anteilserwerber zu übertragen sind. Vgl. dazu Kipp S. 343; Kretzschmar S. 480 Anm. 7: Endemann S. 1039.

meinen Auslegungsvorschriften der §§ 133, 157 und 140 BGB, nicht die speziell erbrechtlichen Auslegungsvorschriften der §§ 2084 und 2085 BGB. Die Auslegung ist bei der Verfügung über den Anteil am Nachlaß deswegen von großer Bedeutung, weil bei mißglückter Uebertragung des Anteils meist das Auseinandersetzungsguthaben als übertragen angesehen wird,[1]) letzterer Abtretung aber nach herrschender Meinung eine absolute Wirkung nicht zukommt.[2])

Eine korrekte Erklärung müßte bei der Abtretung des Anteils etwa lauten: „Ich übertrage meinen Anteil am Nachlaß des X an A." A müßte erklären: „Ich bin damit einverstanden." Nicht nötig ist aber zu einer gültigen Abtretungserklärung der Ausdruck „übertragen" und nicht notwendig gerade das Wort „Anteil am Nachlaß." Unbedingt erforderlich ist aber, daß die von den Parteien gewählten Worte den übereinstimmenden Willen beider Parteien erkennen lassen in der Anteilsinhaberschaft unmittelbar einen Wechsel eintreten zu lassen, in der Weise, daß der Veräußerer mit Abschluß des Vertrags aus der Miterbengemeinschaft ausscheidet und der Erwerber an seine Stelle tritt. Eine Uebertragungserklärung kann demnach in einem Vertrag liegen, in dem die eine Vertragspartei zu Gunsten der Andern ein nichtiges Testament als für sich bindend anerkennt,[3]) ebenso in einem die Veräußerung eines Erbteils bezweckenden Vergleich,[4]) ferner in einem Erbschaftsübernahmevertrag gegen Entgelt seitens eines Miterben.[5]) Dabei ist es unschädlich, wenn erklärt wird, der übernehmende Miterbe solle Alleineigentümer des Nachlasses werden,[6]) auch wenn zehn Miterben erklären, sie übertragen dem elften Miterben den ganzen Nachlaß, kann darin eine Verfügungserklärung über die Erbanteile oder übertragenden Miterben liegen.[7]) Ob die Uebernahme des ganzen Nachlasses durch einen Miterben in den angeführten Fällen eine

---

[1]) Für Viele RG 60, 126 ff.
[2]) Für Viele OLG Stettin OLG 26, 298.
[3]) Leonhard III A zu § 2033; RG 72, 209 hält diese Abmachung nur für einen Vertrag auf Veräußerung (Verpflichtungsvertrag); es steht aber nichts im Wege sie gegebenenfalls auch als Veräußerung selbstauszulegen. Vgl. ferner RG DJZ 7, 485.
[4]) OLG Dresden JW 1905 S. 726 Nr. 13.
[5]) OLG Darmstadt Hessische Rechtsprechung 26, 228.
[6]) BOLG im Recht 1905 Nr. 710.
[7]) KG RJA 3, 262.

Verfügung nach § 2033 darstellt, ist nicht ohne Grund bezweifelt worden.[1]) Die Begründung des Kammergerichts, daß die Annahme einer Verfügung sich durch die Unmöglichkeit rechtfertige, auf anderem Wege unmittelbar die gewünschte Wirkung erreichen zu können, ist an sich nicht durchschlagend. Der Ausdruck „Nachlaß" spricht eher gegen die Annahme der Uebertragung von Anteilen an diesem.[2]) Unter Nachlaß versteht man gemeinhin den Gegenstand der Anteilsberechtigung der Miterben, nicht aber die Anteile selbst. Dazu kommt noch, daß einer Uebertragung des Nachlasses durch die veräußernden Miterben an den Nachlaßübernehmer auf dem Wege des § 2040 in diesem Fall kein Hindernis[3]) entgegen steht, da alle zugestimmt haben und auch § 181 BGB keine Anwendung finden kann.[4]) Indessen wird man sich doch gerade bei der Abtretung des Anteils am Nachlaß auf den Boden einer möglichst freien Auslegung stellen müssen. Dieser Standpunkt rechtfertigt sich dadurch, daß der Rechtsinhalt des Anteils am Nachlaß mit vielen andern Bezeichnungen ausgedrückt werden kann und gemeinhin ausgedrückt wird als mit den Worten „Anteil am Nachlaß". Bei den Ausdrücken „Erbteil und Erbrecht" bedarf dies keiner Erörterung.[5]) Die Ausdrücke „Recht auf Teilung", „Recht auf Auseinandersetzungsguthaben" können als pars pro toto den Anteil am Nachlaß bezeichnen.[6]) Auch bei einer Abtretung des „Auseinandersetzungsguthabens" selbst[7]) kann dies zutreffen. Man kann nicht schlechthin sagen, daß damit niemals der Anteil am Nachlaß gemeint sein könne. Dasselbe gilt bei einer Abtretung der „Forderung am Nachlaß".[8]) Nicht ausgeschlossen ist daher, daß

---

[1]) Schmale im ZfGG 5, 366.
[2]) Nicht dafür wie KG a.a.O. meint.
[3]) D. h. soweit die Vorschriften der Erbengemeinschaft Platz greifen, dagegen hätte z. B. Auflassung zu erfolgen, wenn man eine Verfügung nach § 2040 BGB als vorliegend ansieht.
[4]) Schmale ZfGG V, 366.
[5]) Vgl. dazu Pelargus S. 298.
[6]) RG 49, 406 hinsichtlich der Pfändung.
[7]) Lindeman-Sorgel Komm. Anm. 3 § 2033; RG 1911 Nr. 131 ebenso Leonhard V zu § 2033; RGR Komm. Anm. 1. Was bei der Pfändung gilt muß entsprechend auch bei der Abtretung gelten.
[8]) OLG Celle Recht 1909 Nr. 1180.

auch mit der Bezeichnung „Nachlaß“[1]) der Anteil am Nachlaß gemeint sein kann.

Nach feststehender Rechtsprechung ist eine summenmäßige Uebertragung des Anteils am Nachlaß ausgeschlossen. Daraus wird gefolgert, daß wenn A z. B. seinen Anteil am Nachlaß des B an C in Höhe von RM 10 000— überträgt, diese Uebertragung als Anteilsübertragung unrettbar nichtig sein soll.[2]) Indessen geht diese Annahme zu weit. Richtig ist, daß der Teil des Anteils am Nachlaß niemals summenmäßig bezeichnet und übertragen werden kann; dies ist ebenso wenig zulässig wie z. B. die Uebertragung einer Sache im Umfang einer bestimmten Summe oder die Uebertragung von mehreren Forderungen ohne nähere Bezeichnung bis zu einem bestimmten Gesamtmaximalbetrag.[3]) Das würde dem Wesen der Verfügung widersprechen, wonach der Verfügungsgegenstand bestimmt bezeichnet sein muß. Es ist aber anerkannt[4]) und durchaus richtig, daß es möglich ist, dem Erwerber des Anteils die obligatorische Verpflichtung aufzuerlegen, gewisse Nachlaßgegenstände, dem Veräußerer des Anteils zu überlassen und daß diese Abrede der Verfügung über den Anteil keinen Eintrag tut.[5]) So muß ebenso möglich sein, dem Erwerber des Anteils zur Pflicht zu machen, daß er von dem Wert des Anteils nach dessen Realisierung den Betrag, der die vereinbarte Summe übersteigt, herauszuzahlen hat.[6]) Es ist nun nicht abzusehen, warum die Parteien mit einer summenmäßig begrenzten Abtretung des Anteils mit obligatorischer Rückzahlungspflicht des Erwerbers hinsichtlich des Betrags, der bei Realisierung die genannte Summe übersteigt, gemeint haben können. So steht nichts im Wege, die Erklärung „die Ehefrau S überträgt die ihr aus dem Testament ihres Vaters zustehenden vermögensrechtlichen Ansprüche, insbesondere ihren Anteil am Nachlaß,

[1]) So heißt es sogar in dem Lehrbuch von Cosack-Mitteis S. 416, daß Verfügungen des Miterben über den Nachlaß im ganzen dem Grundsatz der Gemeinschaft nach Bruchteilen unterliegen. Gemeint ist damit natürlich die Verfügung des Miterben über seinen Anteil am Nachlaß.

[2]) RG 60, 126; OLG Dresden ZfGG 19 S. 208; OLG Hamburg Recht 1914 Nr. 789. Dasselbe Recht 1913 Nr. 2588; OLG Stettin OLG 26, 298.

[3]) RG 98, 200.

[4]) KG OLG 46, 223.

[5]) OLG Hamburg OLG 14, 285.

[6]) RG Recht 1912 Nr. 1313.

sowie ihre Ansprüche gegen den Testamentsvollstrecker auf Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens zur Höhe von M. 15 000— an den X in letzterem Sinne aufzufassen und als gültig zu behandeln.[1])

§ 10. Die Form der Uebertragung des Anteils am Nachlaß.

Die Zwecke, die eine Formvorschrift verfolgt, decken sich mit den Gründen, die den Gesetzgeber zu ihrer Aufstellung bewogen haben. Hatte man zunächst die Veräußerung des Anteils am Nachlaß aus begreiflichen Gründen überhaupt ausgeschlossen,[2]) so hatte man umsomehr nach ihrer Zulassung Grund, ein Formerfordernis aufzustellen. Dazu hätte schon der Umstand genügt, daß in einem Nachlaß alle möglichen Vermögensstücke sich befinden können, zu deren Uebertragung Formen erforderlich sind; denn die Gründe, die zur Aufstellung dieser Formen geführt haben, fallen bei der Veräußerung des Anteils am Nachlaß, der solche Gegenstände enthält, nicht weg, einerlei[3]) ob man nun den Anteil am Nachlaß als Summe der Anteile an den einzelnen Nachlaßgegenständen betrachtet[4]) oder als Anteil am Nachlaß als Inbegriff.[5]) Dazu sind bei der Uebertragung des Anteils am Nachlaß noch andere Gründe vorhanden, die dringend eine Aufstellung eines Formerfordernisses verlangen. Die Uebertragung des Anteils am Nachlaß ist eine Verfügung. Sie hat als solche eine unmittelbare Veränderung der Rechtsverhältnisse

---

[1]) Anderer Ansicht OLG Hamburg vgl. S. 63 Anm. 2. Ebenso gültig und auszulegen ist eine Abtretung mit der Klausel die Erbschaft werde verkauft abzüglich M. 1250.— So RG Recht 1912 Nr. 1313. In der Mitteilung an einen Dritten durch die Erben des Inhalts: „Sie wüßten, was der Dritte dem Toten gewesen sei, sie wollen ihm teilen, er müsse aber auch ehrlich alles angeben, was da sei", liegt keine Anteilsübertragung (OLG Hamburg OLG 13, 421).

[2]) Prot. 5, 837.

[3]) Wenn z. B. ein Grundstück zum Nachlaß gehört und ich verkaufe meinen Anteil am Nachlaß, so ist nach der einen Theorie die Anwendung des § 313 ohne weiteres gegeben, denn ich verfüge mittelbar auch über einen Grundstücksteil. Nach der anderen Theorie verfüge ich zwar nicht über einen Grundstücksteil. Allein ich verfüge über seinen Wert. Da die Form bei der Grundstücksveräußerung hauptsächlich auch des Wertes der Grundstücke wegen erlassen ist, so muß es gleichgültig sein, ob man das Grundstück selbst oder seinen Wert als veräußert ansieht.

[4]) Pringsheim Rechtsstellung S. 28.

[5]) Hahn S. 10.

zur Folge. Gleichwohl genügt nach dem Gesetz zur Uebertragung ein Vertrag. Das Interesse an der Klarlegung der Rechtsverhältnisse fordert daher für den Uebertragungsvertrag eine Form, nicht weniger der aleatorische Charakter des ganzen Geschäfts[1]) und der Eintritt des Erwerbers in die Erbenhaftung.[2]) Alles Gründe, die sowohl für den Erwerber als auch für den Veräußerer Schutz vor Uebereilung verlangen.[3])

Die Form, die zur Uebertragung des Anteils am Nachlaß erforderlich ist, ist die gerichtliche oder notarielle Beurkundung.[4]) Da die Uebertragung durch Vertrag erfolgt, ist notwendig die Beurkundung sowohl des Angebots als auch der Annahme.[5]) Einer Beobachtung der Form für die Uebertragung der Anteile an den einzelnen Gegenständen bedarf es nicht.[6]) Der dingliche Vertrag kann auf derselben Urkunde stehen wie der obligatorische.[7]) Wenn man sich dabei vor Augen hält, daß damit die rechtlichen Unterschiede zwischen dinglichem und obligatorischem Geschäft keineswegs beseitigt werden, erscheint dies sogar als zweckmäßig.

Da die gerichtliche oder notarielle Beurkundung gesetzlich vorgeschrieben ist, kann sie durch entsprechende Vereinbarung der Parteien nicht außer Kraft gesetzt werden und gilt für alle rechtsgeschäftlichen Verfügungen. Nur da, wo das Gesetz selbst dieses Formerfordernis außer Kraft setzt, kann ein Anteil am Nachlaß ohne gerichtliche oder notarielle Beurkundung übertragen werden. Letzteres ist der Fall, wenn der Gerichtsvollzieher einen Anteil nach § 857 Abs. 5 ZPO versteigert und dem Erwerber den Zusschlag erteilt.[8]) Hier ist eine Uebertragung des Nachlaßanteils in der Form des § 2033 Abs. 1 nicht mehr nötig. Der größere Schutz des Zwangsversteigerungsverfahrens macht den geringeren der gerichtlichen oder nota-

---

[1]) Vgl. S. 72 der Darstellung.
[2]) § 2382.
[3]) RG 72, 209.
[4]) § 2033 Abs. 1 Satz 2;
[5]) JW 1920 S. 423 (Mitteilungen des Allg. Deutschen Versicherungsvereins); vgl. auch § 128 BGB und LG Straßburg ZfGG 19, 86.
[6]) BOLG Sammlung 4, 28; die Uebertragung des Auseinandersetzungsguthabens kann formlos erfolgen OLG Hamburg OLG 30, 182.
[7]) OLG Frankfurt OLG 16, 280.
[8]) KG Ring 6, 273. Daß ein Miterbenanteil auf diese Weise veräußert werden kann, ist unzweifelhaft. A. A. Künzel Gruchot 43 S. 805 der mit seiner Ansicht aber allein steht.

riellen Beurkundung überflüssig. Dies ergibt der in den §§ 126 Abs. 3 und 129 Abs. 2 BGB zum Ausdruck gelangte Grundgedanke. Außerdem wird der Schutz den § 2033 Abs. 1 Satz 2 dem Veräußerer gewähren will, wenn es sich um einen verpfändeten Anteil handelt schon durch die Notwendigkeit der Form bei der Verpfändung gewahrt.[1]) Handelt es sich um einen gepfändeten oder um einen verpfändeten Anteil, der nach Maßgabe des § 1277 BGB dem Gerichtsvollzieher zur Versteigerung übertragen ist, so handelt es sich bei der Tätigkeit des Gerichtsvollziehers nicht um eine solche, die er als Vertreter des Anteilsinhabers vornimmt. Er handelt hierbei vielmehr als staatliches Organ der Zwangsvollstreckung. Für ihn können aber in dieser Eigenschaft die Vorschriften des bürgerlichen Rechts nicht gelten. Letztere sind dazu da, die Beteiligten vor Uebereilung zu bewahren; beim Gerichtsvollzieher wird dieser Zweck durch die öffentlich rechtlichen Vorschriften, die ihm hinsichtlich der Zwangsversteigerung gegeben sind, gewahrt.[2])

Der Umstand, daß der Nachlaßanteil auf einen oder die vorkaufsberechtigten Miterben übertragen wird, befreit selbst dann nicht von dem Erfordernis der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, wenn der Erbteil auf den Käufer schon nach § 2033 Abs. 1 Satz 1 übertragen war.[3]) Dies ist zwar bestritten[4]) mit dem Hinweis, es habe in diesem Fall ja schon eine Uebertragung stattgefunden und deshalb sei eine Uebertragung, am wenigsten in der Form des § 2033 Abs. 1 Satz 2, erforderlich. Allein dieser Ansicht steht der Wortlaut der §§ 505 Abs. 2, 2036, 2037 BGB entgegen, abgesehen davon, daß nicht einzusehen ist, aus welchen Gründen eine Form hier überflüssig sein soll. In § 505 Abs. 2 ist gesagt, daß mit der Ausübung des Vorkaufrechts lediglich ein obligatorisches Verhältnis zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem zu Stande kommt. Von dieser Tatsache geht § 2036 aus, wenn er die Haftung des Erwerbers erst

---

[1]) Scherer ZfGG 3, 218; Grohmann ZfGG 3, 821; LG Straßburg a.a.O. Mothes ZfGG 2, 867; a. A. Scherer ZfGG 2, 697. Vgl. im übrigen zur Form der Verpfändung des Anteils Cohn JW 1913 S. 289, der nur für den Verpfänder die Form des § 2033 gelten lassen will.

[2]) Stein-Jonas III, 3 zu § 859 ZPO; OLG Frankfurt Seuff. Arch. 44, 116.

[3]) RG JW 1925 Nr. 2119; Meyer Gruchot 51 S. 791 ff.; Wolff S. 23; Endemann S. 1038 Anm. 81; Staudinger Anm. 6 zu § 2034; Strohal II S. 202 Anm. 24.

[4]) Ostermann S. 38.

mit der „Uebertragung“ einschränkt. Endlich findet nach § 2037 der § 2033 entsprechende Anwendung, wenn der Käufer den Anteil auf einen Andern überträgt. Die oder der vorkaufende Miterbe sind aber für den dritten Erwerber „Andere“. Dazu kommt aber noch, daß die oben angeführten Gründe die Form hier genau so fordern, wie bei einem Verkauf an einen Nichtmiterben. Zu einem auf Grund ihres Vorkaufsrechts erworbenen Anteil stehen die Miterben nicht anders als ein Dritter, der diesen Anteil erworben hat. Sie erwerben ihn durch entgeltliches Rechtsgeschäft unter Lebenden; er ist getrennt von ihrem ererbten Anteil und wächst diesem nicht an. Ein weiterer Beweis für unsere Ansicht ist die Tatsache, daß der von der Redaktionskommission zunächst ausgearbeitete Vorschlag bei erfolgter Uebertragung des Anteils an den Dritten, den Anteil mit Ausübung des Vorkaufsrechts auf die Vorkaufsberechtigten übergehen zu lassen, von der Kommission selbst in den Gesetzesentwurf nicht aufgenommen wurde.

Von dem Erfordernis der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung ist auch eine Uebertragung nicht befreit, die zum Zwecke der Auseinandersetzung im Auseinandersetzungsverfahren vor dem Nachlaßgericht erfolgt.[1]) Daß eine solche Uebertragung zur Auseinandersetzung im Sinne des FGG gehört,[2]) ist nicht zu bezweifeln.[3]) Allein der vom Nachlaßgericht zu bestätigende Auseinandersetzungsplan[4]) enthält lediglich das obligatorische Auseinandersetzungsgeschäft, nicht dessen Erfüllung durch Uebertragung.[5]) Also muß die Uebertragung eines Anteils noch besonders gerichtlich oder notariell beurkundet werden. Wo das Nachlaßgericht auch allgemein für Beurkundungen zuständig ist,[6]) kann natürlich die Beurkundung der Uebertragung des Anteils im Auseinandersetzungsverfahren durch das Nachlaßgericht erfolgen.[7]) Anders ist es in den Gebieten, wo das Nachlaßgericht für Beurkundungen allgemein nicht zuständig ist.[8])

[1]) § 86 ff. FGG
[2]) Vgl. S. 11 Anm. 5 der Darstellung Anm.
[3]) Obwohl sie selbst materiell keine Auseinandersetzung ist. Vgl. S. 11 der Darstellung Anm.
[4]) § 91 und 93 FGG.
[5]) § 97 Abs. 1 FGG.
[6]) Weil es das Amtsgericht ist, § 167 FGG.
[7]) So z. B. in Preußen KG KGJ 35, 74.
[8]) So z. B. in Württemberg Art. 141 und 157 EGBGB in Verbindung mit Art. 71 ff. des Württ. AGBGB.

Sehr zweifelhaft ist die Frage, ob die Uebertragung des Mitnacherben- und Alleinnacherbenrechts der Form des § 2033 Abs. 1 Satz 2 bedarf.[1]) Einmal steht einer Anwendung des § 2033 Abs. 1 Satz 2 entgegen, daß es sich sowohl beim Mitnacherben- als beim Alleinnacherbenrecht nicht um die Uebertragung einer gegenwärtigen Anteilhaberschaft am Nachlaß handelt wie beim Miterben- und Mitvorerbenanteil, sondern um ein Anwartschaftsrecht eigener Art. So tritt z. B. mit der Uebertragung des Anwartschaftsrechts noch keine Haftung für die Nachlaßschulden ein; der Erwerber des Nacherbenrechts kann die Erbschaft bei Eintritt des Nacherbfalls noch ausschlagen. Ferner kann niemand bestreiten, daß es sich bei der Uebertragung des Anwartschaftsrechts des Alleinnacherben überhaupt um kein Teilhaberrecht handelt. Eine direkte Anwendung des § 2033 Abs. 1 Satz 2 kommt daher nicht in Frage. Einer analogen Anwendung des § 2033 Abs. 1 Satz 2 steht das Bedenken entgegen, daß es in der Regel nicht zulässig ist, auf dem Wege der Analogie Formvorschriften einzuführen. Indessen wird man sich hier trotzdem für die Notwendigkeit der Form des § 2033 Abs. 1 Satz 2 entscheiden müssen. Dieser Standpunkt rechtfertigt sich damit, daß bei Abtretung des Nacherbenrechts für Erwerber und Veräußerer und die Sicherheit des Rechtsverkehrs Gefahren bestehen, die den bei der Abtretung des Nachlaßanteils vorhandenen Gefahren annähernd gleichkommen. Der aleatorische Charakter und die Uebertragung durch bloßen Vertrag sind bei beiden ganz gleich.[2]) Gehören zum Nachlaß Grundstücke oder andere Gegenstände, zu deren Uebertragung eine Form erforderlich ist, so ist die Uebertragung des Nacherbenrechts zwar keine sofortige mittelbare Uebertragung dieser Gegenstände oder von Teilen an solchen, wohl aber wird sie regelmäßig zu einer solchen bei Eintritt des Nacherbfalls.[3]) Dasselbe gilt vom Eintritt in die Erbenhaftung.[4])

Das Formerfordernis des § 2033 Abs. 1 Satz 2 ist vom Gesetz aufgestellt.[5]) Ist der Uebertragungsvertrag nicht voll-

[1]) Vgl. zum Folgenden § 4 der Darstellung worauf verwiesen wird. Nach dem dort Gesagten ist dies nicht selbstverständlich, wie RG 101, S. 101; RG Seuff. Arch 63, 369 und BOLG OLG 30, 180 annehmen.

[2]) Vgl. S. 72 der Darstellung Anm. 3.

[3]) Vgl. S. 65 der Darstellung Anm. 2.

[4]) Vgl. S. 65 der Darstellung Anm. 6 und 7.

[5]) § 125 BGB.

ständig oder gar nicht gerichtlich oder notariell beurkundet, so hat dieser Formmangel die Nichtigkeit der Uebertragung zur Folge.[1]) Der Veräußerer bleibt Inhaber des Anteils, der Erwerber hat tatsächlich nichts erlangt.[2]) Eine Heilung des dinglichen Vertrags ist nicht möglich. Nur eine formgültige Neuvornahme des Uebertragungsaktes kann den erstrebten Erfolg herbeiführen.[3]) Die wegen Formmangels ungültige Abtretung eines Erbteils kann auch nicht als Einzugsvollmacht aufrecht erhalten werden.[4])[5])

§ 11. Der Schutz des guten Glaubens.

Beim Erwerb eines Erbteils hat der Erwerber einmal daran ein Interesse, den Erbteil überhaupt in sein Eigentum zu bekommen, dann aber auch daran, daß die Gegenstände, die ihm als zum Nachlaß gehörend genannt wurden, tatsächlich zu diesem gehören. Bezüglich des letzteren Interesses ist ein Gutglaubensschutz deswegen ausgeschlossen, weil die Nachlaßgegenstände nicht unmittelbar Gegenstand des Uebertragungsgeschäfts sind, sondern allein das Anteilsrecht am Gesamtnachlaß. Im Folgenden ist daher nur vom Schutz des guten Glaubens bezüglich des Rechts selbst, nicht bezüglich seines wirtschaftlichen Werts die Rede.[6])

Der Grundsatz „nemo plus iuris transferre potest" wird nach geltendem Recht dann außer Kraft gesetzt, wenn beim Erwerb vom Nichtberechtigten guter Glaube beim Erwerber und ein Rechtszeichen beim Veräußerer vorliegt.[7]) Das Rechtszeichen ist bei beweglichen Sachen der Besitz,[8]) bei unbeweglichen Sachen der Eintrag ins Grundbuch,[9]) Zum Uebergang des Eigentums ist noch nötig, Besitzverleihung an den Erwerber bei beweglichen Sachen, Eintrag ins Grundbuch bei unbeweg-

[1]) RG 83/27; KG OLG 30, 181.
[2]) OLG Stettin OLG 26, 298.
[3]) Vgl. § 141 BGB.
[4]) KG OLG 30, 181.
[5]) Eine andere Frage ist, ob einer formgültigen Uebertragung hinsichtlich des ihr zugrunde liegenden nichtigen obligatorischen Vertrags heilende Kraft zukommt. Vgl. § 8 der Darstellung.
[6]) Der Schutz eines Dritten bei Verfügungen der Miterben über Nachlaßgegenstände nach § 2040 Abs. 1 gehört nicht hierher.
[7]) Vgl. Erlanger, Tübinger Diss. S. 63.
[8]) Vgl. § 931, 934 BGB.
[9]) Vgl. § 873, 925 BGB.

lichen Sachen. Bei Forderungen gibt es einen gutgläubigen Erwerb nur dann, wenn zur Uebertragung der Forderung nach positiver Gesetzesvorschrift die Uebergabe eines Rechtszeichens gehört, d. h., wenn das Recht dem Papier folgt.[1]) Bei den Forderungen, die durch bloßen Abtretungsvertrag übertragen werden können, gibt es keinen Gutglaubensschutz.[2]) Der Schutz des guten Glaubens, den der Gesetzgeber gewissen Forderungen durch Einführung eines Rechtszeichens angedeihen läßt, hat seinen Grund darin, daß diese Forderungen dem Bedürfnis des täglichen Lebens entsprechend einer raschen Zirkulation und Verwertbarkeit unterworfen werden müssen. Wenn der Gesetzgeber auch, um überhaupt den Anteil am Nachlaß vor der Auseinandersetzung in der Hand des Miterben verwertbar zu machen, dessen Uebertragbarkeit nach langem Zögern zugelassen hat, so kann daraus keineswegs geschlossen werden, daß die Absicht des Gesetzgebers auch dahin gegangen sei, die Verfügung über den Erbteil zu einem Geschäft des täglichen Lebens zu machen. Es liegt daher kein Anlaß vor,[3]) durch Ausbauung dieses Instituts in Theorie und Praxis dem Erwerber des Anteils einen besonderen Schutz zu verschaffen, wie Endemann[4]) meint.[5])

Das Gesetz bestimmt demnach auch, daß die Uebertragung des Anteils am Nachlaß wie bei einer gewöhnlichen Forderung durch Vertrag erfolgt mit der Maßgabe, daß dieser Vertrag

---

[1]) Z. B. Scheck, Wechsel, Inhaberaktie.
[2]) Vgl. § 398 BGB und § 404 BGB.
[3]) So auch Kretzschmar Sächs. Arch. f. Rechtspflege 11, 376.
[4]) JW 1910 S. 89.
[5]) Der zweifelhafte Inhalt des Anteils ließe dies auch als höchst unpraktisch erscheinen. Bei den Zirkulationspapieren handelt es sich immer um ziffernmäßig scharf begrenzte Forderungsinhalte; beim Erbteil bildet ein ganzes oft für den Miterben selbst unübersichtliches Vermögen den Inhalt, ganz abgesehen von den erst festzusetzenden Ausgleichspflichten. Kretzschmar a.a.O.: „Der Erbschaftskauf ist kein Geschäft des gewöhnlichen Lebens und bedarf keiner Begünstigung. Wer nicht geschäftserfahren ist, mag die Hand davon lassen." Dernburg S. 546: Zum Bieten auf einen gepfändeten Erbteil werden sich in der Regel nur geriebene Spekulanten, die im Trüben fischen verstehen." Derselbe S. 548: „Der Verkauf eines Nachlaßanteils oder Bruchteils ist regelmäßig ein Spekulationsgeschäft." Das Oesterreichische BGB behandelt den Erbschaftskauf unter den Glücksverträgen (29. Hauptstück insbes. § 1278 Satz 2). Das Schweizerische Zivilgesetzbuch gibt dem Erwerber des Anteils, wenn er nicht Miterbe ist nur den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben (Schweiz. Cic. Ges. Buch § 635 Abs. 2).

gerichtlich oder notariell beurkundet sein muß.[1]) Zum Rechtszeichen ist aber die Vertragsurkunde keineswegs erhoben worden; die Beurkundung ist lediglich ein Formerfordernis, das andere Mängel nicht zu heilen im Stande ist. Auch der Erbschein ist kein solches Rechtszeichen, seine Uebergabe ist zum Uebergang des Anteils am Nachlasse nicht nötig, er beweist weder etwas für den Wert des Anteils noch dafür, daß der Anteil dem Veräußerer noch zusteht.[2]) Damit ergibt sich, daß bei der Uebertragung des Anteils am Nachlaß ebenso kein voller Gutglaubensschutz gegeben ist wie bei einer Forderung. Es finden nach § 413 BGB die §§ 398 ff. entsprechende Anwendung.[3]) Es kann jedoch dem Erwerber eines Nachlaßanteils von den andern Anteilsinhabern nicht entgegen gehalten werden, er sei deswegen nicht Inhaber des Anteils geworden, weil die Anteilsinhaber und der Veräußerer die Abtretbarkeit durch Vereinbarung ausgeschlossen hätten,[4]) denn eine derartige Vereinbarung ist beim Erbteil nicht möglich, da er ein Anteilsrecht und keine Forderung ist, § 399 aber nur für reine Forderungen gilt.[5]) Der Umstand, daß der Anteil u. a. die Forderung auf das Auseinandersetzungsguthaben in sich schließt, kann daran nichts ändern und beweist nur, daß der Anteil keine reine Forderung ist. Die andern analog anwendbaren §§ 402 und 407 gewähren dem Erwerber nur einen Schutz für den Fall, daß er den Anteil wirklich erworben hat gegen eine nachträgliche Schädigung. Hat er den Anteil nicht erworben, so sind sie für ihn wertlos. Durch sofortiges Herausverlangen eines in den Händen des Veräußerers befindlichen Erbscheins, wozu der Erwerber nach Analogie zu § 402 berechtigt ist,[6]) kann der Erwerber einem Mißbrauch des Erbscheins durch den Veräußerer vorbeugen. Ob ein Erbschein

---

[1]) § 2033 Abs. 1 Satz 1, § 398, § 413.

[2]) Staudinger Anm. 1 d zu § 2033; BOLG OLG 10, 299; Endemann S. 1030.

[3]) Staudinger § 2033 Anm. 1 d; BOLG Ring 4, 298 ff.; OLG Celle Seuff. Arch. Bd. 64 S. 250. Erwerber und Pfandgläubiger können sich auch nicht auf Pfandfreiheit verlassen. Grohmann ZfGG 3, 821; Mothes ZfGG 2, 867. Auch wenn der Schuldner des Erblassers bzw. der jetzigen Anteilsinhaber an die seitherigen Anteilsinhaber zahlt, kann der Anteilserwerber nach § 407 diese Zahlung gegen sich gelten lassen müssen.

[4]) § 399 BGB.

[5]) Herrschende Meinung a. A. Scherer ZfGG 3, 218.

[6]) Einen auf sich lautenden Erbschein kann er nicht verlangen, auch nicht den Vermerk der Abtretung aus dem Erbschein. Vgl. § 14 der Darstellung.

ausgestellt ist, kann der Erwerber beim Nachlaßgericht erfahren.[1]) Einen gewissen Schutz bietet dem Erwerber auch der § 407 Abs. 1. Er hat es in der Hand durch eine sofortige Anzeige an die übrigen Miterben, die ihm vom Veräußerer nach § 402 BGB zu nennen sind oder er beim Nachlaßgericht erfahren kann, eine wirksame Auseinandersetzung und Leistung des Auseinandersetzungsguthabens an den Veräußerer zu verhindern.[2]) Eine Ausdehnung des Gutglaubensschutzes darüber hinaus ist nicht zulässig. Ein zweiter Erbteilserwerber kann nicht auf Grund seines guten Glaubens hinsichtlich des Anteils am Nachlaß und der Tatsache, daß bei Erwerb des Anteils der Veräußerer des Anteils als Miteigentümer eines Nachlaßgrundstücks eingetragen war,[3]) den Anteil erwerben. Wird der Veräußerer nachträglich für erbunwürdig erklärt, so gilt sein Anfall der Erbschaft an ihn als nicht erfolgt.[4]) Der Erwerber, der damit von einem Nichtberechtigten erworben hat, kann sich nicht auf seinen guten Glauben berufen.[5]) Selbstverständlich, daß auch hinsichtlich der Freiheit von Belastungen eines Anteils ein Gutglaubensschutz ausgeschlossen ist.[6])

Zwei Fälle beanspruchen eine ausführlichere Erörterung. Es ist dies der § 2030 und der Fall des § 2044 BGB.

Zunächst der Fall des § 2030, der bestimmt, daß wer die Erbschaft durch Vertrag von einem Erbschaftsbesitzer erwirbt, im Verhältnisse zu dem Erben einem Erbschaftsbesitzer gleichstehe. Beim Alleinerben stößt man bei der Anwendung dieser Bestimmung auf keine Schwierigkeiten trotz ihres etwas unklaren Ausdrucks.[7]) Sie besagt eben, daß wenn ich auf Grund Kaufs einer Erbschaft oder anderen obligatorischen Geschäfts[8]) Erbschaftsgegenstände von dem Erbschaftsverkäufer ausgefolgt

[1]) § 405 findet keine Anwendung. Bezüglich des Schutzes der durch Vereinbarung ausgeschlossenen Abtretbarkeit ist er hier nachdem zu S. 73 Anm. 3 Gesagten überflüssig; auch ein Schutz gegen Scheinvereinbarung eines Schuldverhältnisses ist nicht nötig, da die Erbengemeinschaft nie durch Vereinbarung entstehen kann, abgesehen davon, daß sie kein eigentliches Schuldverhältnis ist.

[2]) Zu demselben Ergebnis kommt RG 83, 27 auf dem Umweg über die unerlaubte Handlung.

[3]) KG KGJ 40, 167; Schlegelberger Komm. zum FGG § 86 Anm. 13.

[4]) § 2344.

[5]) Zweifelnd Endemann JW 1910 S. 89.

[6]) Kretzschmar Lehrbuch S. 481 Anm. 13.

[7]) Vgl. Strohal II S. 385 Anm. 14.

[8]) Vgl. § 2385.

erhalte, der wahre Erbe doch Eigentümer bleibt und die Gegenstände nach Maßgabe der Vorschriften über den Erbschaftsanspruch von mir herausverlangen kann. Ich kann mich also hinsichtlich der einzelnen Gegenstände nicht auf meinen guten Glauben berufen; mein guter Glaube nützt mich nichts, auch wenn der Veräußerer im Grundbuch als Eigentümer eines Erbschaftsgrundstücks eingetragen war, oder er mir den Besitz einer beweglichen Sache aus dem Nachlaß ausgefolgt hat, oder einen auf seinen Namen lautenden Erbschein vorgezeigt hat. Der Veräußerer muß aber Erbschaftsbesitzer sein, d. h. er muß tatsächlich Gegenstände, die zum Nachlaß gehören, im Besitz haben[1]) und ferner seinen Besitz und Eigentum auf sein Erbrecht gründen.[2])

Der Erwerber eines Miterbenanteils erlangt durch die Uebertragung des Anteils von einem Scheininhaber nichts. Für den Anteil erübrigt sich zunächst die Vorschrift des § 2030; denn beim Anteil gibt es weder Besitz noch Gutglaubensschutz, ganz abgesehen davon, daß der Anteil am Nachlaß kein Gegenstand aus dem Nachlaß ist. Wenn nun der Anteilskäufer Erbschaftsgegenstände ausgefolgt erhält, so geschieht dies nicht wie beim Kauf vom Alleinerbschaftsbesitzer in Erfüllung des Erbschaftskaufvertrags, denn dieser soll ja nach Ansicht der Parteien durch die Anteilsübertragung erfüllt sein. Vielmehr verlangt, erhält und besitzt der Anteilskäufer diese Gegenstände auf Grund seines vermeintlichen Anteilsrechts am Nachlaß. Dies ist ohne weiteres klar, wenn der vermeintliche Anteilserwerber auf Grund der Auseinandersetzung Erbschaftsgegenstände in seine Gewalt bekommt; aber auch wenn er vor der Auseinandersetzung, sei es von allen andern Anteilsinhabern, sei es von dem Anteilsverkäufer Nachlaßgegenstände in seine Hand bekommt, ist es nicht anders.[3]) Dieser Tatbestand fällt aber nicht unter § 2030 sondern unter § 2018. Wer der Ansicht ist, daß das Erbrecht selbst Gegenstand der Veräußerung nach § 2033 sei,[4]) muß uns ohne weiteres zustimmen. Aber auch wer der Ansicht ist, daß das Erbrecht selbst als Berufungstatbestand nicht übergeht,[5])

[1]) § 857 BGB gilt für ihn als Nichterben nicht.
[2]) Er muß possessor pro herede sein.
[3]) z. B. Mitbesitz.
[4]) Leonhard III C zu § 2033.
[5]) Vgl. § 12 der Darstellung.

muß so entscheiden. Einmal kann aus dem Wort Erbrecht in § 2018 ein argumentum e contrario deswegen nicht gezogen werden, weil das Gesetz unter Erbe und Erbrecht nicht bloß das Erbesein im engeren Sinn, sondern auch die Anteilhaberschaft am Nachlaß versteht.[1]) Zum andern aber erscheint die Tatsache, daß dieser Erbschaftsbesitzer sein Recht nicht direkt auf eigene Berufung stützt, sondern auf Anteilhaberschaft am Nachlaß deswegen unerheblich, weil in der Berufung auf seine Anteilhaberschaft mittelbar eine Berufung auf das Erbrecht des ersten Anteilsinhabers liegt, da ja dieses die Anteilhaberschaft des Erbschaftsbesitzers begründet. Nicht dagegen beruft sich dieser Erbschaftsbesitzer auf seinen guten Glauben hinsichtlich der einzelnen Gegenstände wie der Käufer der Erbschaft vom Alleinerbschaftsbesitzer. Letzterer beruft sich darauf, daß er den Erbschaftsbesitzer auch für den Eigentümer der einzeln übertragenen Gegenstände gehalten habe. Der Käufer des Anteils eines Erbschaftsbesitzers beruft sich aber nicht auf einen solchen Glauben, er will nicht Eigentümer geworden sein, weil er die angeblichen Anteilsinhaber für Miteigentümer der einzelnen Gegenstände hielt; vielmehr beruft er sich darauf, daß er Berechtigter und Miteigentümer sei, weil er einen Anteil am Nachlaß erworben habe. Alle diese Umstände sprechen zwingend für die Anwendung des § 2018.

Wir stellen uns mit unserer Ansicht in Gegensatz zur herrschenden Meinung, die bis heute einmütig davon ausgeht, daß auch auf den Verkauf des Anteils am Nachlaß der § 2030 anzuwenden sei.[2]) Indessen kommt die herrschende Lehre zu dem selben Ergebnis, da sie einen Erwerb der Erbschaft erst annimmt, wenn der Erwerber tatsächlich etwas von den erbschaftlichen Gegenständen erlangt hat.[3]) Deshalb ist aber die Begründung, auf die die herrschende Lehre ihre Ansicht stützt, nicht richtig, so vor allem die Heranziehung des § 1922 Abs. 2 als Beweis.[4]) § 1922 Abs. 2 beweist nichts für die Frage, ob § 2030 anzuwenden ist oder § 2018, denn auch wir stützen uns bei der

[1]) Vgl. z. B § 2033, 2038—2040, 2042 und Binder Arch. für Bürg. Recht 34 S. 236 ff.

[2]) Planck Anm. 1 zu § 2030; Staudinger Anm. 2 zu § 2030; Endemann S. 1170; Kipp S. 210.

[3]) Planck, Endemann a.a.O.

[4]) § 2042 Abs. 2 in Verbindung mit § 749 Abs. 2 BGB und § 2044 BGB.

Frage der Anwendung des § 2018 auch auf den Anteil am Nachlaß auf § 1922 Abs. 2.

Die Auseinandersetzung kann durch Vereinbarung der Miterben oder durch Verfügung des Erblassers ausgeschlossen bzw. aufgeschoben sein.[1]) Für beide Fälle sollen in Ansehung der Wirkung für und gegen die Sondernachfolger u. a. die §§ 751 1010 Abs. 1 Anwendung bzw. entsprechende Anwendung finden. § 751 bestimmt, daß beim schlichten Miteigentum der Ausschluß der Auseinandersetzung auch für und gegen die Sondernachfolger wirke; § 1010 Abs. 1 bestimmt, daß dies bei Grundstücken nur dann der Fall sei, wenn die Abrede als Anteilsbelastung im Grundbuch eingetragen sei.

Abzulehnen ist zunächst die Ansicht Strohals,[2]) daß unter Sondernachfolger im Sinne des § 2044 mit § 751 und § 1010 Abs. 1 der Erwerber eines Nachlaßgegenstands nach § 2040 Abs. 1 zu verstehen sei. Der Erwerber eines Nachlaßgegenstands hat mit einer Beteiligung an der Erbengemeinschaft nichts zu tun. Er erwirbt das Eigentum des Nachlaßgegenstandes als solches, nicht als Folge einer etwaigen Nachfolge in der Gemeinschaft, von der er und die Miterben nichts wissen wollen. Abgesehen davon muß die Veräußerung eines Nachlaßgegenstandes unter Zustimmung aller Miterben erfolgen, was, wie Strohal selbst bemerkt, die Verweisung auf § 751 für diesen Fall überflüssig machen würde, da nach richtiger herrschender Meinung[3]) die Anordnung des Erblassers nach § 2044 nur die Wirkung hat, daß die Erben im Sinne der Anordnung im Verhältnis zu einander verpflichtet werden, nicht aber die absolute Unveräußerlichkeit der betreffenden Gegenstände bewirkt.[4]) Sondernachfolger bei § 2044 kann somit nur der sein, der in die Gemeinschaft und zwar infolge Rechtsgeschäfts unter Lebenden einrückt, nicht der Erbe der Universalsuccessor ist. Beim schlichten Miteigentum ist Sondernachfolger der Erwerber des Miteigentums nach Bruchteilen[5]) bei der Erbengemeinschaft kann entsprechend Sondernachfolger nur der Erwerber eines

[1]) Auch eine Erschwerung ist a maiori ad minus möglich, z. B. daß Grundstücke nur mit $^2/_3$ Mehrheit verkauft werden können. RG 110 S. 273.
[2]) Strohal 2 S. 106.
[3]) Strohal 2 S. 106; Endemann S. 1042.
[4]) a. A. Dernburg S. 518.
[5]) Arg. § 751 Satz 2.

Anteils am Nachlaß sein.[1]) Da nun aber der Miterbenanteil ein Recht im Sinne des § 413 ist und infolgedessen die §§ 398 ff. entsprechende Anwendung finden, gilt für den Erwerb eines Miterbenanteils der Satz „nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet." Es handelt sich um die Gebundenheit an eine die Aufhebung der Gemeinschaft hindernde Vereinbarung. Auch ohne die Verweisung auf § 751 könnte also der Anteilserwerber einer von den Miterben vereinbarten oder vom Erblasser angeordneten Aufschiebung oder Ausschließung der Auseinandersetzung sich nicht entgegenstellen. Damit erweist sich die Verweisung auf § 751 als überflüssig. Endemann,[2]) der den Anteilserwerber als Gesamtnachfolger an Erbes statt betrachtet, kommt von seinem Standpunkt aus konsequenterweise zu demselben Ergebnis.[3])

Bezüglich des § 1010 Abs. 1 erklären Planck und Staudinger,[4]) daß er eine Modifikation des § 751 darstelle, insofern, als wie beim schlichten Miteigentum der Anteilserwerber bei den Grundstücken des Nachlasses nur dann an die Abrede oder Verfügung, die die Auseinandersetzung ausschließt bzw. aufhebt gebunden sei, wenn diese als Anteilslast im Grundbuch eingetragen sei. Auf die Schwierigkeit, die sich hier dadurch ergibt, daß der Erbanteil hinsichtlich des Nachlasses als Ganzem Bruchteilsanteil, hinsichtlich der einzelnen Nachlaßgegenstände Gesamthandsanteil ist, wird dabei nicht eingegangen. Strohal[5]) hat diese Ansicht ebenso wie Kretzschmar[6]) ohne nähere Begründung abgelehnt. Endemann[7]) lehnt sie ebenfalls auf Grund seiner oben dargelegten Ansicht ab und weist darauf hin, daß nicht abzusehen sei, welchen Sinn und Zweck die Verweisung auf § 1010 Abs. 1 haben solle. Wir verweisen zur Begründung unserer Annahme, die ebenfalls dahin geht, daß auch die Verweisung auf § 1010 überflüssig ist, auf das oben zu § 751 Gesagte. Gegenstand des Erwerbs nach § 2033 BGB ist der Anteil

---

[1]) So die herrschende Meinung.
[2]) S. 1043.
[3]) Die Mehrzahl der Autoren so Kipp § 84 III 3; Planck § 2044 Anm. 1; Staudinger § 2044 Anm. 2c nehmen zu dieser Frage keine Stellung und begnügen sich mit der Widergabe des Wortlauts des § 751.
[4]) a.a.O.
[5]) a.a.O.
[6]) Kretzschmar S. 467.
[7]) a.a.O.

am Nachlaß als Ganzem, nicht aber die einzelnen Gegenstände oder Teile von ihnen.[1]) Beim Erwerb des Anteils am Nachlaß kommt überhaupt ein Gutglaubensschutz nur hinsichtlich des Anteils selbst in Frage, nicht aber hinsichtlich der einzelnen Nachlaßgegenstände, und vollends nicht für die eine Art dieser Gegenstände und für die andere nicht, was bei der Ansicht Plancks und Staudingers unvermeidliche Konsequenz ist. Ein Erwerberschutz bezüglich der einzelnen Gegenstände kommt nur bei der Veräußerung der Nachlaßgegenstände nach § 2040 in Betracht.

Verschiedene Autoren versuchen nun dadurch der Verweisung auf § 1010 Abs. 1 einen Sinn zu verleihen, daß sie sagen, diese Verweisung sei für den Fall gedacht, in dem einem Teil der Miterben oder allen gewisse einzelne Nachlaßgegenstände, insbesondere etwa ein Grundstück als Miteigentum zu Bruchteilen zugeteilt werde und die Auseinandersetzung dieses Bruchteilseigentums an dem Grundstück aufgeschoben oder ausgeschlossen werde.[2]) Allein dieser Ansicht ist entgegen zu halten, daß die von ihr erwähnte Bruchteilsgemeinschaft nicht mehr zur Erbengemeinschaft im Sinne des Gesetzes gehört, sondern eine selbständige schlichte Gemeinschaft nach Bruchteilen ist, die nur ihren Gegenstand aus dem Nachlaß erworben hat, wie denn auch zum Erwerb eines Grundstücks aus der Erbengemeinschaft durch diese Bruchteilsgemeinschaft Auflassung nötig wäre. Kipp spricht selbst von einem Ausscheiden aus der Erbengemeinschaft. Also auch von diesem Standpunkt aus erscheint die Verweisung auf § 1010 Abs. 1 als überflüssig, denn bei der von ihr erwähnten schlichten Bruchteilsgemeinschaft gelten ja die §§ 751 und 1010 Abs. 1 unmittelbar.

Abzulehnen ist die Ansicht Leonhards,[3]) der § 1010 Abs. 1 sei in § 2044 deshalb angezogen, weil der Erblasser von vornherein bezüglich bestimmter Gegenstände ein Miteigentum nach Bruchteilen anordnen könne. Dieser Ansicht steht die Ansicht Dernburgs[4]) nahe, die ebenfalls abzulehnen ist, daß nämlich die

---

[1]) Die Frage ob dieser Anteil die Summe der Einzelanteile an den einzelnen Nachlaßgegenständen ist oder ob es überhaupt Anteile an den einzelnen Nachlaßgegenständen gibt, spielt dabei keine Rolle.

[2]) Kretzschmar, Strohal, Kipp a.a.O.

[3]) I zu § 2044.

[4]) Dernburg S. 518.

Gemeinschaft der Miterben an den von der Auseinandersetzung ausgenommenen Gegenständen nicht den Grundsätzen der Gesamthand, sondern denen des Miteigentums nach Bruchteilen unterstehe. Beide Ansichten stehen im Widerspruch zu der vom Gesetz verfolgten Absicht, durch Schaffung eines einheitlichen Gesamthandseigentums an den Nachlaßgegenständen die Verfolgung und Regelung der Interessen der Nachlaßbeteiligten zu erleichtern.[1]) Ein Eigentum an den Nachlaßgegenständen nach Bruchteilen oder gar ein Eigentum an diesen teils nach Bruchteilen teils zur gesamten Hand würde zu diesem Gesetzeszweck in schroffem Widerspruch stehen.

Nicht gebunden an die Ausschluß- bzw. Aufschubsvereinbarung oder Anordnung ist der Gläubiger, der auf Grund eines nicht bloß vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels den Anteil eines Miterben oder Anteilserwerbers gepfändet hat.[2])

Der Konkursverwalter des Vermögens eines Miterben oder Anteilsinhabers kann trotz der den Miterben oder Anteilsinhaber selbst bindenden Vereinbarung oder Anordnung die sofortige Auseinandersetzung verlangen.[3])

---

[1]) Vgl. § 1 der Darstellung.
[2]) § 2044 Abs. 1 in Verbindung mit § 751 Satz 2.
[3]) Sydow — Busch — Krieg Anm. 5 zu § 16 der Konkursordnung.

III. Die Wirkungen der Uebertragung des Anteils am Nachlaß.

§ 12. Wird der Erwerber des Anteils am Nachlaß Erbe?

Der Gesetzgeber hat es versäumt, für die Rechtsstellung des Erwerbers eines Anteils am Nachlaß besondere Normen aufzustellen.[1]) Dies erklärt sich aus dem Umstand, daß die Möglichkeit der Abtretung des Anteils am Nachlaß von vornherein gar nicht geplant war und erst nachträglich zugelassen wurde.[2]) Die Folge des Versehens des Gesetzgebers ist der Streit um den Umfang der Rechte, die auf den Erwerber eines Anteils am Nachlaß übergehen. Man kann nach dem Inhalt an Rechten stufenweise drei Meinungen unterscheiden. Die erste schreibt dem Erwerber des Anteils am Nachlaß Erbenstellung zu,[3]) die zweite die Stellung eines Mitberechtigten am Nachlaß[4]) und die dritte die Stellung des Inhabers auf das Auseinandersetzungsguthaben.[5]) Die dritte Meinung ist heute nirgends mehr vertreten und sicher widerlegt.[6]) Sie scheidet somit aus unserer Erörterung aus.[7]) Bei der zweiten Meinung bestehen hinsichtlich der aus der Mitberechtigung sich ergebenden Einzelrechte Abweichungen, da nicht alle Einzelrechte des Miterben dem

[1]) Wie dies das Schweizerische Zivilgesetzbuch in seinem § 635 Abs. 2 tut, indem es dem Erwerber der Nichtmiterbe ist nur die Anwartschaft auf das Auseinandersetzungsguthaben gibt.

[2]) Prot. 5, 837/39.

[3]) Hauptvertreter Leonhard III C zu § 2033.

[4]) Hauptvertreter Strohal S. 97; derselbe Festschrift für Gierke S. 918 ff.; Binder Grundriß S. 53. Zustimmend auch RG 64, 173 nicht umgekehrt wie Leonhard meint. Zustimmend auch Krückmann, Jehrings Jahrb. 57 S. 41.

[5]) Wendt Arch. Ziv. Prax. 89 S. 420 ff.

[6]) So von Strohal § 64 Anm. 15 und 19, Festschrift S. 917 ff. wo diese Meinung als überwunden angesehen wird. Ebenso Josef Arch. Ziv. Prax. 99 S. 315; RG 83, 27.

[7]) Vgl. Anm. 1.

Erwerber des Anteils zugestanden werden.[1]) Wir wenden uns zunächst der ersten Meinung zu.[2])

Bejaht man die Frage, so ist klar, daß auf den Erwerber des Anteils sämtliche Rechte, die dem Veräußerer infolge des Erbfalls zustanden, zufallen, so vor allem auch bestimmte Einzelrechte, bei denen sich gerade der Streit entfacht hat.[3]) Fernerhin ist logisch richtige Folgerung der Bejahung die, daß die Wirkungen einer Nacherbfolge eintreten,[4]) denn es ist damit der Tatbestand gegeben, daß Einer Erbe wird, nachdem vorher ein Anderer Erbe gewesen ist. Man kann nun zum Beweis für die Behauptung, daß der Erwerber das Erbrecht selbst erlange, zwei Wege gehen. Einmal kann man auf logischem Wege die Indentität des Anteils am Nachlaß mit dem Erbteil und dem Erbrecht zu beweisen versuchen. Man kann aber auch die streitigen Einzelrechte für sich prüfen und zu beweisen versuchen, daß sie alle auf den Erwerber des Anteils übergehen und daraus den Schluß ziehen, daß der Erwerber des Anteils die Stellung eines Miterben selbst erlange. Unmöglich ist aber von vornherein jede Beweisführung, die darin besteht, daß bei dem zweiten Weg als Begründung angeführt wird, der Anteilserwerber erlange das betreffende Einzelrecht, weil er Miterbe sei.[5]) Das ist ein Zirkelschluß, der das erst zu Beweisende als Begründung verwendet. Ohne Zweifel kann man natürlich beide Möglichkeiten als Stütze des zu führenden Beweises verwenden, sofern man sich dabei nicht zu Zirkelschlüssen dieser Art verleiten läßt.

Leonhard[6]) hält den Uebergang des Erbrechts selbst vor allem aus dem Grund für notwendig, weil die Rechtsstellung der Mitberechtigung am Nachlaß nicht trennbar sei vom Erbrecht selbst. Ein Erbrecht ohne Anteil am Nachlaß sei ein

---

[1]) Die erste und die dritte Meinung haben in dieser Beziehung den Vorteil einer einheitlich feststellbaren Rechtsstellung des Anteilserwerbers.

[2]) Es handelt sich hier durchweg um Normativprobleme.

[3]) So dem Recht auf Erbscheinserteilung, dem Vorkaufsrecht, der Vergünstigung des § 41 der Grundbuchordnung.

[4]) Leonhard III C und III C 4; Endemann JW 1910 S. 89 ff.; Hahn S. 48.

[5]) So Leonhard § 2033 C 2 Anm. 12: „Wenn die übrigen Miterben und der Erwerber ein Grundstück veräußern wollen, so braucht der letztere nicht erst nach § 41 eingetragen werden, weil er Miterbe geworden ist" im Verhältnis zu § 2033 C 3: „Alles dies zeigt, daß er Miterbe geworden ist".

[6]) § 2033 III C.

Unding,[1]) und ein Beweis gegen die Richtigkeit dieser Behauptung sei nirgends erbracht.[2]) Damit soll offenbar gesagt sein, daß unmöglich jemand Erbe sein könne, der keinen Anteil am Nachlaß habe. Indessen ist an dieser Behauptung nur so viel richtig, daß jeder, der Erbe wird, Inhaber oder Mitinhaber des Nachlasses wird und daß es keinen Erbfall im Sinn des BGB gibt, wenn der Verstorbene nicht irgend etwas an Vermögen hinterläßt.[3]) Daß aber der Erbe das ererbte Vermögen nicht übertragen kann, ohne Erbe zu bleiben, ist damit nicht erwiesen. Es wird von niemand bezweifelt, daß der Alleinerbe, auch wenn er sämtliche Nachlaßgegenstände an den Erbschaftskäufer zu Eigentum übertragen hat, immer noch Erbe ist. Dieser feststehenden Ansicht liegt die weitere zu Grunde, daß er sich durch den Erbschaftsverkauf nur dessen entäußert, was er auf Grund des Berufungstatbestands erlangt hat, nicht aber dieser Rechtslage selbst.[4]) Hier tritt der Unterschied zwischen Berufungstatbestand als einer Rechtslage und den auf Grund dieser Rechtslage erlangten subjektiven Rechten deutlich hervor. Man kann erstere Erbrecht nennen und letztere, seinen Gegenstand die Erbschaft und bei mehreren Miterben den Anteil am Nachlaß.[5]) Es steht aber nichts im Wege sie auch anders zu bezeichnen, es kommt immer auf den Sinn an;[6]) bestehen bleibt aber der Unterschied. Das was der Miterbe auf Grund des Berufungstatbestands erhält, der Gegenstand seines Erbrechts, seine Erbschaft ist nichts anderes als der Anteil am Nachlaß.[7]) Auch hier existiert nicht minder der Unterschied zwischen Berufungstatbestand und dem auf Grund des Berufungstatbestands Erlangten. Die Tatsache, daß der Anteil am Nachlaß mit einem Schlag durch bloßen Vertrag übertragen werden kann, beweist nichts für die Gegenansicht,[8]) denn es handelt sich hiebei nur

[1]) Die übrigen von Leonhard § 2033 III C 1—3 angeführten Einzelbeweise sind von ihm ohne Begründung zitiert. Seine Stellung zur Haftung (§ 2033 III C 4) ist eine Konsequenz aus seiner Stellung zu dem Problem überhaupt.

[2]) § 2055 IV C 1.

[3]) Ob der Nachlaß überschuldet ist, spielt dabei keine Rolle.

[4]) Binder Arch. f. Bürg. Recht 35 S. 236.

[5]) So wir mehrfach.

[6]) Ja man könnte dies auch als Erbteil bezeichnen. Vgl. Binder Arch. f. Bürg. Recht 34 S. 237 Anm. 78 und denselben Grundriß S. 53.

[7]) Fitting S. 86; Ostermann S. 32; Stettner S. 16.

[8]) Wie anscheinend Marcus ZfGG 4, 611 meint; wie Marcus Endemann und Hahn a a.O.

um eine Eigenschaft, die dem Anteil am Nachlaß anhaftet, die aber mit der Frage, ob das Erbrecht übertragen wird, nichts zu tun hat. Mit dem gleichen Recht müßte man sonst beim Alleinerben einen Uebergang des Erbrechts dann annehmen, wenn der Nachlaß aus einem einzigen Gegenstand besteht und er diesen veräußert. Das wird aber niemand behaupten wollen. Auch die Tatsache, daß der Anteil am Nachlaß nicht Nachlaßgegenstand ist wie die einzelnen Nachlaßgegenstände bei Alleinerbschaft, hebt die Richtigkeit des Satzes, daß Gegenstand des Erbrechts beim Alleinerben die Nachlaßgegenstände bei Miterben der Anteil am Nachlaß sind, nicht auf.[1]) Dabei kann die alte Streitfrage, ob der Miterbe auch Anteile an den einzelnen Gegenständen habe, ganz beiseite gelassen werden.[2]) Die Antwort auf die Frage, was der Miterbe geerbt hat, d. h. was Gegenstand seines Erbrechts ist, kann nach dieser Streitfrage zwar lauten: „Den Anteil am Nachlaß als Innbegriff" oder „eine Summe von Anteilen an den einzelnen Nachlaßgegenständen". Nichts gesagt ist aber damit zur Frage, ob bei Miterbschaft der Unterschied zwischen Berufungstatbestand und Anteil am Nachlaß besteht oder nicht. Zwischen dem Erbteil und dem Anteil am Nachlaß bestehen zwar Wechselbeziehungen; die Berufungsquote bestimmt[3]) die Größe der Anteilsquote, die Anteilsquote setzt eine gültige Berufungsquote voraus. Dies alles spricht aber eher für die von uns gemachte Unterscheidung und gegen die Annahme, einer Identität von Anteil am Nachlaß und Erbesein als Berufungstatbestand. Wer auf Grund seiner Inhaberschaft von Aktien zum Bezuge junger Aktien berechtigt ist, wird niemals sagen, sein Bezugsrecht sei mit seinem alten Aktieninhaberrecht identisch, weil dieses den Umfang des Bezugsrechts bestimmt. Daß es sich bei dem festgestellten Unterschied um eine sehr spitze Erörterung aus rein theoretischen Gründen mit einem für das praktische Leben unerträglichen Ergebnis handeln soll, ist nicht

---

[1]) Vgl. auch § 2059 BGB wo vom Anteil als Vermögensgegenstand des Miterben die Rede ist. In diesem Sinne gilt auch heute noch das semel heres semper heres. Schon für das Preuß. Allg. Landrecht hielt Engels (zit. bei Dernburg Preuß. Privatrecht S. 693 Anm. 10) es für undenkbar, daß jemand sein Erbrecht, seine persönliche Rechtseigenschaft als Erbe veräußere. Gegenstand des Erbschaftskaufs könne daher nur der Nachlaß sein.

[2]) a. A. Hahn S. 45.

[3]) Mayer-Reis Erbrecht 1902 S. 75.

einzusehen.[1]) Gerade zur Verwischung des natürlichen Unterschieds zwischen dem Gegenstand des Erbrechts und diesem selbst bedürfte man, wollte man sie ernstlich herbeiführen, umständlicher Deductionen.[2])

Endemann[3]) betont ausdrücklich, daß nach seiner Ansicht Gegenstand der Veräußerung nach § 2033 nur das „auf Grund des Anfalls erworbene Recht" sei. Allein daraus, daß das Gesetz den Miterben im Gegensatz zum Alleinerben die Möglichkeit verschafft habe, seine Rechtsstellung dinglich zu übertragen, sei der Schluß zu ziehen, daß damit zugleich eine Umgestaltung des Begriffs des Miterbenrechts vollzogen sei. Damit werde nämlich diese Erbenstellung für auswechselbar erklärt; Miterbe sei demnach der, der einen Anteil am Nachlaß habe. Ob der Anteil auf Grund Berufung oder auf Grund Kaufs erworben sei, spiele keine Rolle. Bei genauem Hinsehen stellt sich die Endemann'sche Beweisführung insoweit als eine verstärkte Behauptung dessen, was erst zu beweisen wäre dar, denn daß die Miterbenstellung als Anteilsrecht am Nachlaß auswechselbar ist, ist ohne Zweifel; ob aber die Auswechselbarkeit dieser Stellung auch die persönliche Seite des Erbeseins ergreift, ist gerade das zu Beweisende. Da Endemann die Uebertragbarkeit des Berufungstatbestands d. h. des Erbeseins in persönlicher Beziehung in Uebereinstimmung mit seinen Gegnern (BOLG 10, 299 RG RK Anm. 1 zu § 2033) leugnet, müßte er auch noch den aus dieser Voraussetzung sich ergebenden Zwiespalt mit seiner Behauptung, daß trotzdem beim Miterben das Erbesein in persönlicher Beziehung übertragen werden könne, dartun und besonders beweisen. Soweit sich die Endemann'sche Beweisführung auf den Unterschied zwischen Alleinerben und Miterben stützt, ist sie schon oben abgelehnt.[4]) Die im übrigen für seine Ansicht an-

---

[1]) Weißler „Das Nachlaßverfahren" S. 327 ff.

[2]) Solche sind bis heute auch außer den hier besprochenen noch nicht versucht worden. Die ersten Entscheidungen der Praxis hatten die Erbscheinausstellung auf den Namen des Anteilserwerbers gebilligt. So KG in Rheinische Notariatszeitschr. 1901, 118 und OLG Colmar RJA 3, 229, waren aber nicht näher begründet, die hatten die Uebertragung des Erbrechts ohne weiteres unterstellt. Demgegenüber spricht das BOLG OLG 10, 299 von einer „Verwechslung" des Unterschieds, der oben festgestellt wurde. Insoweit zustimmend auch Endemann JW 1910 S. 89. Ebenso Stohwasser S. 25.

[3]) JW 1910 S. 89.

[4]) Vgl. S. 86 der Darstellung.

geführten Beweise sind von Strohal eingehend und überzeugend widerlegt;[1]) es erübrigt sich daher eine ausführliche Darlegung.

Die Entgegnung Kretzschmars[2]) läßt Strohals Ausführungen voll zu Recht bestehen.[3]) Was Hahn[4]) gegen die Ansicht Strohals wiederum vorgebracht hat, ist großenteils eine Wiederholung der Endemann'schen und Leonhard'schen Beweisführung.[5]) Hahn verbindet dabei ohne weiteres die Lehre Leonhards von der Nichtabtrennbarkeit des Erbrechts und Anteils am Nachlaß mit dem Endemann'schen Standpunkt, daß Gegenstand der Veräußerung des § 2033 das auf Grund des Anfalls erworbene Recht sei, was durchaus widerspruchsvoll ist. Soweit die Hahn'schen Ausführungen eine Wiederholung der Endemann'schen und Leonhard'schen Begründung sind, braucht auf sie nicht eingegangen zu werden. Im Uebrigen ist nicht einzusehen, warum dem Erwerber des Anteils die Mitverwaltungs- und Mitverfügungsrechte nur dann zustehen können, wenn man ihn als Miterben betrachtet,[6]) und es liegt kein Widerspruch darin, daß der Anteil am Nachlaß als Rechtsobjekt übertragen wird und

---

[1]) Strohal, (Festschrift) für Gierke S. 918, 924, 927 ff. 932, 935 ff., 941 ff.

[2]) Sächs. Archiv für Rechtspflege 11, 376.

[3]) Nur in zwei Beispielen ist Strohal's Beweisführung nicht beweiskräftig. Allein bei der Menge des von ihm beigetragenen Materials spielt dies keine Rolle. Die Fälle stehen in Festschrift für Gierke S. 928 IV und 934. In 928 IV führt Strohal richtig aus, daß wenn der Teilerbe beerbt wird, an die Stelle der bisherigen Haftung des Teilerben die Haftung des Erbeserben tritt, wenn dagegen der Teilerbe seinen Anteil nach § 2033 veräußert der Teilerbe trotzdem weiter haftet. Als durchschlagend kann dieses Beispiel aus dem Grund nicht anerkannt werden, weil ja auch bei Beerbung der im Nachlaß quasi vermögensrechtlich verkörperte Erblasser für seine Schulden weiter haftet. S. 934 führt Strohal ebenfalls richtig aus, daß wenn von den Miterben einer seinen mit Augleichungspflichten überlasteten Anteil ausschlägt und den Anteil eines anderen Miterbe erwirbt, sich an seinem erworbenen Anteil nur die Ausgleichspflichten des Veräußerers des Anteils anrechnen lassen muß. Der einfache Grund liegt nach Strohal darin, daß der nach § 2033 Abs. 1 in das Anteilsrecht eines Ankömmlings Eintretende nicht Miterbe im Sinne des Gesetzes ist. Allein diese Feststellung ist nicht beweiskräftig. Selbst wenn der Erwerber des Anteils Miterbe würde, hätte er nur die Ausgleichungspflicht seines Vorinhabers zu tragen. Da er ausgeschlagen hat, ist er ja hinsichtlich des ihm an sich zugefallenen Anteils gar nicht Erbe, also auch nicht ausgleichspflichtig. Vgl. dazu Hahn S. 48.

[4]) S. 39 ff.

[5]) So hinsichtlich der Scheidung zwischen Erbrecht und Erbteil S. 40, daß wer einen Anteil am Nachlaß hat, auch Erbe in persönlicher Beziehung sein müsse S. 41. Daß der auf S. 86 dargelegte Unterschied eine vom Alleinerben abweichende Behandlung erfordere S. 43, die Analogie zur Nacherbfolge S. 50 ff., die von seinem Standpunkt aus logisch erscheint. Ferner beim Erbschein S. 52 und der Haftung des Veräußerers nach § 2145 S. 54.

[6]) Hahn S. 46.

damit zugleich subjektive Rechte übergehen sollen. Unrichtig ist auch, daß die mitübergehenden Rechte weit über das Eigentumsrecht am Nachlaß hinausgehen. Die Hahn'sche Ansicht verkennt die Rechtsverhältnisse hinsichtlich eines Anteilsrechts überhaupt. Jegliches Anteilsrecht an einer Gemeinschaft ist Rechtsobjekt, sofern es sich um die Frage handelt, wem es zusteht. Auf einer ganz anderen Linie und davon zu trennen ist aber die Frage, nach dem Inhalt des Anteilsrechts. Man kann nie sagen, daß die Inhaltsrechte eines Anteils an einer Gemeinschaft über das Eigentumsrecht an diesem hinausgehen oder hinter diesem zurückbleiben. Das ist so selbstverständlich, daß es einer weiteren Ausführung nicht bedarf; offenbar handelt es sich bei Hahns Beweisführung in diesem Punkt um ein Versehen. Daß die Inhaberschaft des Anteils am Nachlaß, gleichgültig welcher Theorie bezüglich dieses man sich anschließt, wie jeder Anteil an einer Gemeinschaft die Teilhaberschaft an der Verwaltung und Verfügung des gemeinschaftlichen Vermögens mit sich bringt, erscheint daher auch natürlich, wenn man den Erwerber des Anteils am Nachlaß nicht als Miterben betrachtet.[1]) Soll nicht der Erwerber eines Anteils, was allgemein verworfen ist, nur als Gläubiger des Auseinandersetzungsguthabens angesehen werden, so muß er die Mitgliedschafts- und Wertrechte haben, die seinem Vorgänger zustanden und zwar so weit, als sie mit dem Anteil am Nachlaß als gemeinschaftlicher Vermögensmasse zusammenhängen. Der Inhalt dieser[2]) Rechte wird bestimmt durch die Regeln der Erbengemeinschaft, deren Regeln wiederum ihr Dasein dem Schutz der Nachlaßgläubiger und dem der Miterben hinsichtlich von gegenseitigen sich auf das Miterbenverhältnis gründenden Forderungen verdankt. Der Zweck dieser Vorschrift trifft auch auf den Erwerber eines Anteils zu und aus diesem Grunde sind sie auch auf ihn anzuwenden. Man kann aus diesem Grunde den Erwerber eines

[1]) a. A. Hahn S. 46.

[2]) Das heißt dieser aus dem Nachlaß als gemeinschaftlicher Vermögensmasse hervorgehenden, mit der Person des Inhabers nicht zusammenhängenden Rechte. Vgl. dazu auch Endemann S. 1005 den Gewährsmann Hahns, der die Erbengemeinschaft als Sachgemeinschaft im Gegensatz zur persönlichen Lebensgemeinschaft bezeichnet, bei der die Vermögensgemeinschaft secundär ist, im Gegensatz zur Erbengemeinschaft, wo das Vermögen d. h. die Existenz des Nachlasses die Grundlage der Gemeinschaft bildet. Diese Endemann'schen Sätze sind durchaus zutreffend.

Anteils am Nachlaß „Erbe im weiteren Sinn“ nennen[1]), sofern man sich davor hütet, ohne weiteres die nur für den Erben im engeren Sinn geltenden Normen auf den Erben im weiteren Sinn ohne weitere Prüfung zu übertragen. Dies tun aber Hahn[2]) und Endemann, obwohl sie durchaus anerkennen, daß ein Unterschied zwischen Erbe in engerem Sinn und Erbe im weiteren Sinn besteht. Man sieht weiter, daß durch die Einführung des Wortes und Begriffs „Erbe im weiteren Sinn“ für die Lösung des Normativproblems nichts gewonnen ist, denn man steht nach wie vor vor der wörtlich etwas anders lautenden, sachlich aber gleichen Frage, ob alle Vorschriften, die auf den Erben im engeren Sinn zutreffen, auch für den Erben im weiteren Sinn, den Anteilserwerber gelten.[3])

Daß das von Strohal[4]) angezogene Beispiel nicht beweiskräftig ist, ist von uns selbst schon oben dargelegt.[5]) Selbstverständlich kann die Unrichtigkeit dieses einen Beispiels, das nur als ergänzender Beweis angeführt ist, nicht die Richtigkeit der durch eine Unmasse anderer Beispiele nachgewiesenen Ansicht Strohals erschüttern.[6]) Was Hahn des weiteren gegen Strohal ausführt, zeigt deutlich, daß er ohne weiteres die Gleichheit zwischen dem Berufungserben und dem Anteilserwerber unterstellt[7]) und auf dieser Grundlage Strohals Beweisführung als unrichtig hinstellt.[8]) Wenn Strohal sagt, daß der Anteilserwerber schon deshalb nicht als Miterbe bezeichnet werden könne, weil es möglich sei, daß der Veräußerer des Anteils teilweise im Wege der Teilauseinandersetzung abgefunden sei und in diesem Fall nicht mehr gesagt werden könne, daß er die volle Miterbenstellung habe, so hat Strohal dabei vergessen, daß der Wert des Anteilsrechts für die Frage, ob der Miterbe im Endemann'schen Sinn richtiger Erbe ist, bedeutungslos ist.

---

[1]) Hahn S. 43; Endemann a.a.O.
[2]) Hahn S. 42.
[3]) Demnach ist es besser man läßt die Bezeichnung „Erbe im weiteren Sinn“ fallen; sie begünstigt nur eine Verwischung bei der Lösung des Normativproblems. Die Bezeichnung „Erbe im weiteren Sinn“ ist also auch vom Standpunkt der Formulierung aus, von dem aus sie allein gewertet werden kann, nicht glücklich.
[4]) Festschrift S. 934.
[5]) Vgl. S. 88 Anm. 2 der Darstellung.
[6]) Vgl. Hahn S. 48.
[7]) Was ja gerade zu beweisen wäre.
[8]) Vgl. Hahn S. 48/49.

Dasselbe gilt hinsichtlich der Strohal'schen Behauptung, daß auch nach der Auseinandersetzung eine Veräußerung des Miterbenrechts möglich sein müßte, wenn der Anteilserwerber Miterbe würde, und endlich von der Behauptung, daß als weitere unannehmbare Konsequenz der Endemann'schen Auffassung dem Anteilserwerber kraft seines Miterbenrechts ein Recht auf die aus dem Nachlaß ausgeschiedenen Gegenstände zustehen müsse.[1]) Strohal geht hier offenbar von dem Miterbenbegriff im engeren Sinn aus. Allein dieses Versehen ist nebensächlicher Art. Strohal will durch diese Beispiele zeigen und zeigt jedenfalls, daß zwischen der Stellung als berufener Erbe und der Stellung als Anteilserwerber ein Unterschied besteht. Daß Strohal unter Miterbe nur den Miterben in engerem Sinn, den berufenen Miterben versteht, geht auch daraus hervor, daß er aus § 2373 den Schluß zieht, daß wenn der Veräußernde aufhören würde Miterbe zu sein, ihm nicht ein später entstehender Anteil zufallen könnte.[2]) Das gleiche gilt von dem Fall der nachträglichen Erbunwürdigkeit des Veräußerers.[3]) Ob diese Schlüsse an sich richtig sind, spielt hiebei keine Rolle.[4]) Der angebliche Gegensatz zwischen Strohal und Binder erweist sich bei dieser Würdigung als gar nicht vorhanden. Binder weist nach, daß Gegenstand der Veräußerung nicht der Berufungstatbestand, sondern das auf Grund des Berufungstatbestands erlangte und noch in der Erbengemeinschaft befindliche Vermögen des Erblassers ist; Strohal legt durch seine vielen Beispiele einleuchtend dar, daß zwischen der Stellung des berufenen Miterben und der des Anteilserwerbers insofern ein Unterschied vorhanden ist, als letzterem nicht alle Rechte zufallen, die dem berufenen Erben zustanden. Da Erbe im Sinne Strohals aber nur der sein kann, der die sämtlichen Rechte des berufenen Erben hat, folgert er mit Recht, daß der Anteilserwerber nicht Erbe wird. Der Unterschied zwischen beiden besteht nur in der Methode, die jeder

[1]) Der Vorwurf Hahns S. 49, dies könne schon deshalb nicht zutreffen, weil an Stelle dieser Gegenstände möglicherweise andere getreten seien (§ 2041 BGB) ist unberechtigt. Strohal versteht hier offensichtlich unter ausgeschieden, die durch Auseinandersetzung ausgeschiedenen Gegenstände.

[2]) Lehrbuch S. 98 Anm. 20 Ziff. 4.

[3]) Lehrbuch S. 98 Anm. 20 Ziff. 5.

[4]) Ganz klar Festschrift für Gierke S. 923: „Erbe ist nur, wer kraft Gesetzes oder kraft Verfügung von Todes wegen allein oder neben Andern Gesamtnachfolger des Erblassers geworden ist."

für sich richtig durchführt.[1]) Im Strohal'schen Sinn ist auch die Beweisführung aller derer aufzufassen, die behaupten, der Erwerber des Anteils könne schon deswegen nicht Miterbe werden, weil er nicht völlig in die Rechtsstellung des veräußernden Miterben einrücke.[2]) Wenn das Reichsgericht demgegenüber erklärt hat, der Erwerber eines Erbteils trete durchaus materiell in die Rechte des veräußernden Teilerben ein,[3]) so kann es damit auch nur die Rechtsstellung des berufenen Miterben insoweit gemeint haben, als sie die Anteilsrechte am Nachlaß umfaßt, nicht aber die Rechtsstellung die dem berufenen Erben darüber hinaus auf Grund seiner Berufung zukommt. Dies erhellt deutlich daraus, daß das Reichsgericht in derselben Entscheidung ausdrücklich feststellt, daß das Recht auf den Erbschein nur dem Erben zustehe.

Eine ganz andere Frage ist die nach der Richtigkeit des Versuchs aus dem Gesetz selbst nachzuweisen, daß der Erwerber des Anteils am Nachlaß nicht Miterbe werde. Man greift dabei auf die Bestimmungen über den Erbschaftskauf zurück, insbesondere auf die §§ 2373,[4]), 2382,[5]) 2385. Von vornherein muß gesagt werden, daß es sich hiebei um keine direkte Anwendung des Gesetzes handelt.[6]) Dies ist schon um deswillen unmöglich, weil es sich bei der Uebertragung des Anteils um ein Verfügungsgeschäft handelt, die §§ 2373, 2382, 2385 aber nur obligatorische Geschäfte im Auge haben. Es geht nicht an unter Hinweis auf § 1922 in Verbindung mit § 2385 zu behaupten,[7]) die Vorschriften über den Erbschaftskauf gelten ohne weiteres auch für die Uebertragung des Erbteils. § 1922 Abs. 2 bestimmt

---

[1]) Wobei anzuerkennen ist, daß Binders Methode einfacher ist und zu einem eindeutig positiven Ergebnis führt. Strohal bringt nicht so deutlich zum Ausdruck den Unterschied zwischen dem Tatbestand des Berufenseins und dem auf Grund dieses Tatbestands erlangten Anteil. Offenbar legt Strohal diesen Unterschied als selbstverständlich zu Grunde. Das ist aber daraus zu erklären, daß der Unterschied ein natürlicher ist (vgl. S. 86 Anm. 3 der Darstellung). Strohal geht von den am Anfang des § zur Lösung des Problems gezeigten Wegen den zweiten.

[2]) Z. B. Plank Anm. 3 zu § 2033.

[3]) RG 60, 173 ff.

[4]) KG OLG 9, 387; BOLG OLG 10, 299; Planck a.a.O.; Ostermann S. 32.

[5]) BOLG a.a.O.; Planck a.a.O.

[6]) So OLG Dresden OLG 16, 252: „Nach § 2373 Satz 2, dessen Vorschriften nicht nur beim Erbschaftskauf, sondern auch bei jeder andern Verfügung (!) über einen Erbteil Anwendung finden, . . .“

[7]) Planck Anm. 3 zu § 2033.

nur die entsprechende Anwendung der Vorschriften für den Alleinerben auf den Miterben, § 2385 spricht nur von obligatorischen Geschäften. Aus der Vergleichung beider geht somit nur hervor, daß die Vorschriften über den Erbschaftskauf also das obligatorische Geschäft beim Alleinerben auch auf den Erbschaftskauf, das obligatorische Geschäft beim Miterben anzuwenden sind. Darüber, daß diese Vorschriften auch für die Uebertragung, das Verfügungsgeschäft gelten sollen, ist weder bei dem Alleinerben noch bei dem Miterben etwas gesagt.[1]) Vollends sagt § 2373 nicht, daß der Umfang der Veräußerung aus dem zugehörigen obligatorischen Geschäft zu bestimmen sei.[2]) Er bestimmt lediglich den Umfang der obligatorischen Verpflichtung, für den Umfang der Verfügung ist diese selbst mit den bei ihr abgegebenen Willenserklärungen maßgebend. Wenn der später anfallende Erbteil auch mitübertragen sein soll, so muß demgemäß eine entsprechende Uebertragungserklärung vorliegen. Damit, daß er mitverkauft ist, ist er noch nicht ohne weiteres mitübertragen und umgekehrt.[3]) Allein trotzdem der § 2373 nur vom obligatorischen Geschäft handelt, kann er als Beweis für die Ansicht, daß der Erwerber eines Anteils nicht Miterbe wird, herangezogen werden. Würde nämlich der Gesetzgeber die Rechtslage des berufenen Erben identisch mit der Inhaberschaft am Anteil am Nachlaß angesehen haben, so hätte er nicht bestimmt, daß der später anfallende Anteil im Zweifel nicht als mitverkauft gelte, denn dieser Anteil wäre schon durch den Verkauf des Berufungstatbestands verkauft. Bestimmt § 2373, daß dieser Anteil im Zweifel schon nicht als mitverkauft gilt, so muß weiterhin angenommen werden, daß ihn das Gesetz, falls keine besondere Erklärung getroffen ist, als dem Veräußerer anfallend betrachtet. Zum Mindesten ergibt sich, daß das Gesetz mit dieser Möglichkeit rechnet und sie zuläßt, was logischerweise unmöglich wäre, wenn es den Erwerber des Anteils in den Berufungstatbestand einrücken ließe. Anders verhält es sich mit § 2382. Zweifellos haften Verkäufer und Käufer des Anteils den Nachlaßgläubigern in dem nach § 2383

---

[1]) Daß sie dadurch nahezu bedeutungslos werden, ist nicht richtig wie KG Ring alte Folge 6, 115 meint.
[2]) Endemann JW 1910 S. 89 ff.
[3]) Vgl. § 8 der Darstellung am Schluß.

bestimmten Umfang. Aber aus dieser Tatsache kann weder geschlossen werden, daß der Veräußerer Erbe bleibe, noch daß der Erwerber des Anteils Erbe geworden sei. Wie schon Wendt[1]) nachgewiesen hat und bei dem teilweise übereinstimmenden Wortlaut und der Verweisung auf § 1990 und 1991 BGB nicht zu bezweifeln ist, ist die Bestimmung des § 2382 auf denselben Zweckgedanken zurückzuführen wie § 419 BGB. Dieser Zweck ist aber, die Gläubiger bei Veräußerung des Vermögens durch den Schuldner zu schützen.[2]) Mit der Erbeigenschaft hat also § 2382 nichts zu tun.

Es muß nach alledem bei der Feststellung bleiben, daß der Miterbe bei § 2033 BGB das veräußert, was er auf Grund seines Erbrechts erlangt hat, nicht dieses selbst.[3]) Der Gegenstand der Veräußerung in diesem Sinne wird nun verschieden bezeichnet, so als Mitberechtigung am Nachlaß,[4]) als Mitgliedschaft bei der Erbengemeinschaft,[5]) als Anteil am Nachlaß.[6]) Diese Bezeichnungen haben aber lediglich Formulierungswert. Sie sind zusammenfassende und erläuternde Bezeichnungen für die Summe der Rechte, die auf den Anteilserwerber übergehen. Auf die Frage, welche Rechte übergehen und welche nicht, geben sie keine Antwort. Diese Frage erhebt sich aber als Folge der Annahme, daß nicht das Erbrecht übergeht. Nach dem aber von uns dargelegten Standpunkt geht die Rechtsstellung des Miterben

[1]) a.a.O.

[2]) Daher gilt § 2382 auch in dem Fall, in dem der obligatorische Vertrag nichtig ist, die Erbschaft aber übertragen ist. Vgl. § 8 S. 57 der Darstellung.

[3]) Krückmann Jerings Jahrbücher 57 S. 41 bedauert, daß die Rechtsprechung zu diesem Ergebnis gelangt ist. Zustimmend Schmale ZfGG 4, 179; KG OLG 14, 154; OLG Dresden OLG 16, 252; KG Ring alte Folge 6, 115; Strohal Festschrift für Gierke S. 917, derselbe Lehrbuch S. 98; Nölle S. 19; KG OLG 9, 387; BOLG OLG 10, 299; Planck Anm. 3 zu § 2033; Staudinger Anm. 1 e zu § 2033; Fitting S. 86; Pringsheim Rechtsstellung S. 99/100; Ostermann S. 32; RGR Komm. § 2033 Anm. 1 und 3; RG 64, 173; Binder a.a.O.; Kretzschmar Sächs. Arch. f. Rechtspflege 11, 376; Stettner S. 16; Cosack-Mitteis S. 416; Crome S. 696 Anm. 27; OLG Dresden Seuff-Arch. 63, 465. A. A. Marcus ZfGG 3, 179; Leonhard, Endemann, Hahn a.a.O.; OLG Colmar OLG 6, 316; KG Rhein. Not. Z. 1901 S. 118. Nicht dagegen OLG Dresden Analen 24, 379 wie Weisler a.a.O. meint. Unentschieden RG 83, 30 und RG 88, 117. Unklar KG OLG 8, 299.

[4]) Strohal S. 97; BOLG Sammlung 4, 28.

[5]) Sohm Arch. f. bürg. Recht 28, 199; Prot. 5, 837/38; BOLG ZfGG V S. 566; KG OLG 14, 154.

[6]) Pringsheim Rechtsstellung S. 35 ff.; vgl. auch RG RK Anm. 3: „Erwerber erlangt die Befugnis zur Ausübung der dem Miterben als Teilhaber der Erbengemeinschaft zustehenden Rechte, soweit sie nicht höchst persönlicher Natur sind."

insoweit auf den Anteilserwerber über, als sie ein Ausfluß der Teilhaberschaft an dem Nachlaß als Vermögen ist. Demnach geht die sich nun erhebende Frage dahin, festzustellen, welche Rechte im Einzelnen ein Ausfluß der Teilhaberschaft am Nachlaß sind und welche Rechte ein Ausfluß des Erbeseins, das ist der Erbenqualität im engeren Sinn, in persönlicher Beziehung. Zu diesem Zwecke müssen diese Rechte einzeln einer Prüfung unterworfen werden.

§ 13. Vorkaufsrecht.

A. Vorbemerkung.

Die Beantwortung der Frage, welche Rechte im Einzelnen vom Miterben auf den Anteilserwerber übergehen, ist deswegen von großer praktischer Bedeutung, weil diese uno actu auf den Erwerber kraft Gesetzes übergehen, nicht infolge einer hierauf besonders gerichteten Willenstätigkeit des Veräußerers und des Erwerbers.[1]) Letztere haben gar nicht die Macht, dinglich dem Anteil einen beliebigen Inhalt zu geben. Sie können z. B. nicht mit dinglicher Wirkung vereinbaren, daß das Anteilseigentum an gewissen Nachlaßgegenständen nicht auf den Anteilserwerber übergehen soll.[2]) Dies würde zu einer Verdoppelung der Erbengemeinschaft führen. Einen Erbteil oder Erbanspruch an einem Bestandteil des Nachlasses als Anteil im Sinne des § 2033 gibt es begrifflich nicht.[3]) Der Vertrag nach § 2033 erscheint demnach nicht als eine Verfügung über Besitz und Eigentum an den einzelnen Nachlaßgegenständen,[4]) sondern als Auswechslung der Teilhaberschaft am Nachlaß im Ganzen in Form einer Gesamtrechtsnachfolge.[5]) Die Folge dieser Tatsache ist, daß wenn auch im Nachlaß Gegenstände vorhanden sind, zu deren Uebertragung eine Form notwendig ist, der Erwerber des Anteils an ihnen auch ohne Einhaltung dieser Form anteilsmäßig an ihnen beteiligt wird.[6])

[1]) Darüber, daß auch in § 2033 die Verfügung im üblichen Sinn gemeint ist, d. h. als unmittelbare Rechtsänderung, herrscht heute kein Streit mehr. a. A. Wendt a.a.O.

[2]) BOLG Sammlung 4, 189.

[3]) RG 61, 78.

[4]) BOLG Recht 1903 S. 155 Nr. 811; Staudinger Anm. 1 d zu § 2033.

[5]) Planck § 2033 Anm. 2 a; Prot. 5 S. 538.

[6]) Der Streit, ob der Erbe als Anteilsinhaber einen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen habe oder nicht, ist auch hier durchaus unfruchtbar. Vgl. im Uebrigen § 2 der Darstellung.

So bedarf es zum anteilsmäßigen Eigentumsübergang am Nachlaßgrundstück nicht der Auflassung und des Eintrags nach § 873 und § 925. Der Eintrag des Erwerbers des Anteils erscheint als Berichtigung des Grundbuchs,[1]) die herbeizuführen das Recht des Anteilserwerbers ist.[2]) Sind die seitherigen Anteilsinhaber A, B und C als Eigentümer kraft Erbengemeinschaft eingetragen, so ist, wenn C seinen Anteil am Nachlaß an D übertragen hat im Grundbuch als Berichtigung etwa einzutragen: „An die Stelle des C ist D getreten.[3])" Der Name des C wird gelöscht.[4]) Auch wenn ein Miterbe sämtliche Anteile am Nachlaß und damit das Alleineigentum am Grundstück erwirbt, ist eine Auflassung nicht erforderlich.[5]) So ist ferner bei Inhaberpapieren nicht Uebergabe erforderlich, beim Hypothekenbrief nicht Schriftform und Uebergabe.[6])

B. Steht dem Erwerber des Anteils das Vorkaufsrecht zu?

Die Geltendmachung des Vorkaufsrechts der Miterben wird als subjektives Recht begründet durch die Existenz der Erbengemeinschaft und den rechtgültigen Abschluß des Verkaufs des Anteils eines Miterben.[7]) Vor dem Abschluß des Verkaufs existiert das Vorkaufsrecht nur als Anwartschaftsrecht, aus dem bei gegebenen Voraussetzungen die einzelnen Vorkaufsrechte als subjektive Rechte entstehen. Das Vorkaufsrecht als Anwartschaft ist kein subjektives Recht, es ist nur eine Rechtslage.[8]) Es erhebt sich deshalb zunächst die Frage, ob es für die Lösung unseres Problems einen Unterschied begründen kann, ob der Anteil am Nachlaß vor Eintritt des Kaufabschlusses oder erst nach diesem abgetreten wird. Das ist aber zu verneinen. Man kann nicht sagen beim zweiten Fall könne der Uebergang des

---

[1]) § 894 BGB und § 22 Grundbuchordnung.
[2]) Predari Grundbuchordnung S. 368; OLG Frankfurt Seuff. Arch. 44, 116; KG OLG 5, 427; Oberneck S. 193; Klumpp S. 374 und 558.
[3]) OLG KG 4, 189; Kretzschmar ZfGG 18 S. 10.
[4]) KG Ring 14 S. 77.
[5]) a. A. Schmale ZfGG 4, 179. Aber es wird hier ebenfalls nicht Grundeigentum übertragen. Etwas anderes ist es, wenn das KG vom steuerrechtlichen Standpunkt aus in diesem Fall die Vorlage der Quittung über bezahlte Grunderwerbsteuer gemäß § 24 Grunderwerbsteuergesetzes vor dem Eintrag an das Grundbuchamt verlangt (KG Recht 1928 S. 2357).
[6]) § 1154 BGB.
[7]) § 2032, 2034 Abs. 1.
[8]) Pringsheim Rechtsstellung S. 62.

Vorkaufrechts ohne weiteres angenommen werden, denn dieses Recht sei derart mit dem Anteil verbunden, daß es mit ihm auf den Anteilserwerber übergehe.[1]) Das ist eine verstärkte Behauptung, aber kein Beweis. Diese Ansicht erscheint aber auch als unrichtig. Die einzig richtige Problemstellung ist bei dieser wie bei allen andern Einzelfragen die, ob das Vorkaufsrecht dem Miterben als unmittelbare Konsequenz des Berufenseins oder als Folge seiner Anteilhaberschaft am Nachlaß gegeben ist.[2]) Das Problem lautet hier genauer: Hat der Gesetzgeber dem Miterben das Vorkaufsrecht deswegen gegeben, damit der Nachlaß im Besitz der Erben bleibt oder hat er es jedem Anteilsinhaber am Nachlaß, d. h. auch dem nicht berufenen Erben im Interesse der wirtschaftlichen Einheit des Nachlaßvermögens gegeben?[3]) Die Antwort darauf mag ausfallen wie sie will, jedenfalls aber ergibt sich klar, daß es von dieser Problemstellung aus gleichgültig ist, ob es sich um das Vorkaufsrecht als subjektives Recht oder als Anwartschaftsrecht handelt. Geht die Antwort z. B. dahin, daß der Gesetzgeber das Vorkaufsrecht den berufenen Erben hat geben wollen, so würde es auch nicht übergehen, wenn der Anteilsverkauf erst nach Eintritt der Ausübungsberechtigung erfolgt.[4])

Wer der Ansicht ist, daß mit der Uebertragung des Anteils am Nachlaß das Erbrecht übergeht, braucht den Uebergang des Vorkaufrechts nicht weiter zu begründen, denn er erscheint hier als logische Konsequenz.[5]) Wer dagegen den Uebergang des Erbrechts leugnet, muß zu der oben dargelegten Frage, die nicht unzweifelhaft ist, Stellung nehmen und seine Ansicht begründen. Dabei genügt zum Beweis des Uebergangs des Vorkaufsrechts ein Hinweis darauf, daß der Anteilserwerber auch in

---

[1]) Für Pringsheim Staudinger Gem. Bem. zu § 2034/37 II 3. Pringsheim widerspricht sich übrigens selbst, wenn er S. 66 sogar von dem Vorkaufsrecht, das noch Anwartschaftsrecht ist, sagt, es sei nicht mit dem Anteil fest verbunden, da es sonst auch mit ihm vererbt werden müßte.

[2]) Dieser Problemstellung stimmt auch Pringsheim a.a.O. S. 64 zu. Die Anteilhaberschaft am Nachlaß ist unmittelbare Konsequenz des Berufenseins. Die aus der Anteilhaberschaft am Nachlaß fließenden Rechte sind mittelbare Konsequenz des Berufenseins.

[3]) D. h. indirekt im Interesse des Erblassers an der wirtschaftlichen Einheit seines hinterlassenen Vermögens.

[4]) Vgl. dazu KG OLG 9, 387 ff.

[5]) Leonhard III C 3 zu § 2033.

alle Pflichten[1]) oder in die Erbengemeinschaft[2]) eintrete, natürlich nicht; auch nicht der bloße Hinweis auf die vom Gesetz begünstigte Vereinigung von Erbteilen in einer Hand.[3]) Ebenso wenig genügt zur Begründung der gegenteiligen Ansicht ein Hinweis auf § 514 und 2373.[4]) Aus § 514 folgt mit Sicherheit lediglich, daß das Vorkaufsrecht für sich allein nicht übertragen werden kann, nicht aber, daß es als Bestandteil des Anteils am Nachlaß nicht übergehen könnte.[5]) Der Hinweis auf § 2373 hat speziell für die Frage des Uebergangs des Vorkaufsrechts keine unmittelbare Bedeutung; aus § 2373 folgt lediglich, daß das Erbrecht nicht übergeht, was wir aber hier voraussetzen.[6]) Den Beweisführungen, die sich auf das Wort Miterbe in § 2034 stützen,[7]) muß entgegengehalten werden, daß dieser Ausdruck in § 2034 nicht von vornherein gleichbedeutend mit Berufungserbe gesetzt werden kann, denn die §§ 2038, 2039, 2040, 2042, 2045 sprechen auch von Erbe und Miterbe, meinen aber dabei auch zweifellos den Anteilserwerber. So bleibt nach wie vor zu beweisen, daß Miterbe in § 2034 nur der Berufungserbe ist. Des weiteren kann aus dem Wortlaut des § 2034 nicht ohne weiteres gefolgert werden, daß der, der seinen Anteil verkauft hat in dem Fall, daß andere später ihren Anteil verkaufen, kein Vorkaufsrecht habe. Unverständlich erscheint letzten Endes die Begründung, daß in allen den Fällen, in denen gleichzeitig mehrere Miterben je einen Erbteil mit dem Vorkaufsrecht des veräußernden Miterben erwerben würden, diese sich gegenseitig durch Ausübung jenes Rechts von der Erbengemeinschaft auszuschließen berechtigt wären.[8]) Abgesehen davon, daß richtiger

---

[1]) Wolff S. 22.
[2]) Preuss S. 55; Trobsch S. 36; Ostermann S. 32/36.
[3]) Strohal II S. 100 Anm. 23; a. A. Strohal II. Aufl. S. 347 Anm. 23.
[4]) KG OLG 9, 387.
[5]) So auch Pringsheim Rechtsstellung S. 63.
[6]) Aus der Tatsache der Vererblichkeit (§ 2034 Abs. 2 Satz 2) als Ausnahme von dem in § 514 festgelegten Satz der „schlechthinigen Unübertragbarkeit" (OLG Colmar OLG 26, 302) kann nicht mit Sicherheit ein argumentum e contrario für die Ansicht abgeleitet werden, daß für die Uebertragbarkeit des Vorkaufsrechts als Bestandteil des Nachlaßanteils eine Ausnahme nicht gelte. Gerade so gut könnte auf dem Wege der Analogie aus der Tatsache der Vererblichkeit geschlossen werden, daß das Vorkaufsrecht dann übergehe, wenn die ganze Erbschaft uno actu übertragen wird. Vgl. § 12 der Darstellung.
[7]) So OLG Colmar OLG 26, 302.
[8]) OLG Colmar a.a.O.

Ansicht nach ein Anteil nicht durch Geschäft unter Lebenden willkürlich in Teile zerschlagen werden kann, ist anscheinend hier außer Acht gelassen, daß den Vorkaufsberechtigten Miterben das Vorkaufsrecht in allen Fällen nur gemeinschaftlich zusteht.[1])

Eine ausführliche Begründung hat nur Pringsheim gegeben.[2]) Ihr zuzustimmen ist aber unmöglich. Zunächst stützt sich Pringsheim, der sich allerdings dabei sehr vorsichtig ausdrückt,[3]) auf eine Analogie zu § 2373. Er führt ungefähr aus: „Nach § 2373 ist ein Erbteil, der nach dem Abschlusse des Kaufes infolge des Wegfalls eines Miterben anfällt, nicht als mitverkauft anzusehen; d. h., ein solcher Erbteil, der an sich den Miterben anwächst, bzw. dessen Erbteil nach § 1935 BGB erhöht, kommt ihm, nicht dem Erwerber zu. Der Veräußerer wird also wieder Inhaber eines Erbteils. Auch die Uebertragung des Erbteils auf die Miterben führt zu dessen Anwachsung an diese. Der Fall ist also dem § 2373 insoweit völlig parallel. Man darf daher sagen, auch ein Erbteil, der dem Verkäufer nach der Veräußerung infolge des Wegfalls eines Miterben durch Uebertragung eines Anteils auf die Miterben anfällt, kommt dem Veräußerer zu; denn die Analogie ist eine sehr enge. Auch hier fällt der Miterbe fort, und sein Anteil wächst den übrigen zu." Der Grundfehler dieser Beweisführung liegt in der unterstellten Gleichheit des Falls des § 2373 mit dem des Erwerbs des Anteils eines Miterben durch die übrigen Miterben auf Grund der Ausübung ihres Vorkaufsrechts. Zwischen der Anwachsung des § 2373 und dem Erwerb eines Anteils auf dem Weg über § 2033, 2034 durch die Miterben ist ein sehr großer Unterschied: bei § 2373 handelt es sich um eine Anwachsung, um einen erbrechtlichen Anfall, der erfolgt auf Grund Berufenseins; der Anfall vollzieht sich hier ipso iure bei Eintritt der in § 2373 außerhalb von entgeltlichen Parteigeschäften unter Lebenden liegenden Voraussetzungen. Bei dem Erwerb der Miterben infolge Ausübung ihres Vorkaufrechts handelt es sich überhaupt nicht um eine

[1]) § 513. Im Uebrigen ist die Formulierung unklar. Anscheinend beruht sie auf der im Folgenden als unrichtig nachgewiesenen Anschauung Pringsheims.

[2]) Pringsheim Rechtsstellung S. 65 und 66. Vgl. auch Biery S. 85 ff.

[3]) Pringsheim Rechtsstellung S. 65: „Eine Analogie zu § 2373 „scheint" zum Ziel zu führen und „man wird daher sagen dürfen". Auch Strohal II S. 100 Anm. 23 drückt sich etwas unentschieden aus: „Es dürfte sich eine bejahende Antwort rechtfertigen lassen."

Anwachsung. Die Vorkaufsberechtigten erwerben den Anteil entgeltlich auf Grund Rechtsgeschäft unter Lebenden durch Uebertragung des Anteils nach § 2033 an sie. Von einer Anwachsung spricht das Gesetz nur dann, wenn ein Anteil untergeht, nicht dagegen, wenn er bestehen bleibt und nur seinen Herrn wechselt, wie das hier der Fall ist.[1]) Es wäre ein höchst verwunderliches Resultat, wenn der Miterbe, der seinen Anteil veräußert hat oder der, der sich nicht an dem Verkauf beteiligt hat, an dem Anteil der auf Grund des Vorkaufsrechts nur an die übertragen wird, die es ausgeübt haben, anteilsberechtigt wäre. Ein solches Ergebnis steht offenbar mit der ratio des § 513 Satz 2 im Widerspruch, denn wäre es richtig, so würden die Berechtigten nie ihr Vorkaufsrecht geltend machen.

In zweiter Linie führt Pringsheim aus, daß, wenn das Vorkaufsrecht mit dem Anteil am Nachlaß notwendig verbunden wäre, es mit ihm vererbt werden müßte. Daher sei § 2034 Abs. 2 überflüssig, trotzdem anzuerkennen sei, daß nach § 514 das Vorkaufsrecht unvererblich wäre. Daß diese eigene Darstellung Pringsheims keinen Anspruch auf überzeugende Beweiskraft machen kann, leuchtet ohne weiteres ein. Sie steht auch im Gegensatz zu der Eile, mit der diese Bestimmungen, die erst durch die Zulassung der Uebertragung des Anteils nötig wurden, getroffen wurden.[2])

Das Ergebnis der bisherigen Erörterung ist, daß für die Lösung unseres Problems der Weg der Wortauslegung ebenso wenig zum sicheren Ziele führt wie der der systematischen. Die vielen Versuche, die auf Grund dieser Methoden hier gemacht wurden, mußten daran scheitern, daß der Gesetzgeber die in Betracht kommenden Bestimmungen, infolge der erst nachträglich durchgesetzten Uebertragbarkeit des Anteils verursachten Eile auf Wortlaut und Systematik nicht besonders geprüft hat.[3]) Das zeigt sich noch in manchen andern Paragraphen dieses Abschnitts. So ist in § 2038, 2039, 2040, 2042, 2045 stets nur von Miterben die Rede, während zweifellos auch der Anteilserwerber damit gemeint ist Letzten Endes ist der Streit um die Lösung unserer Frage auf Grund der unvollständigen Regelung

[1]) § 2373; § 1935, § 738 BGB. Vgl. § 3 der Darstellung.
[2]) Vgl. dazu KG OLG 9, 387.
[3]) Prot. 5, 538.

durch den Gesetzgeber entstanden. Die sich erhebenden Fragen sind die Folge von Gesetzeslücken. Diese Erkenntnis zeigt aber auch schon den Weg der Lösung, soweit er auf dem Gebiet der Methode liegt. Es kann nur der in den gesetzgeberischen Vorarbeiten zum Ausdruck gelangte Zweckgedanke die Richtung der Auslegung bestimmen. Man hat bei Zulassung der Uebertragbarkeit des Anteils am Nachlaß, die nicht ohne Widerstand[1]) erfolgte, darauf verwiesen, daß ja den übrigen Miterben das Vorkaufsrecht eine wirksame Hilfe gegen das Eindringen eines unliebsamen Fremden verschaffe. Man wollte aber auch den Miterben mit der Zulassung der Uebertragbarkeit des Anteils am Nachlaß die Härten der Erbengemeinschaft mildern und zugleich den Miterben, die auf die Erhaltung des Familienbesitzes Wert legen, ein Hilfsmittel dazu an die Hand geben. Dies ergibt sich aus den Protokollen, nach denen insbesondere im Hinblick darauf, daß das Preuß. Landesökonomiekollegium das Vorkaufsrecht als ganz besonders zur Erhaltung des Familienbesitzes geeignet bezeichnete, das Vorkaufsrecht eingeführt wurde.[2]) Die Aeußerung des Preuß. Landesökonomiekollegiums entspricht der Lebenserfahrung. Ein Fremder, der in die Erbengemeinschaft hineinkommt, hat lediglich ein Interesse an einer baldigen und für ihn recht vorteilhaften Auseinandersetzung; er steht zu den Miterben wie ein Gesellschafter zum andern, wenn das Liquidationsstadium eingetreten ist im Verhältnis gegenseitigen Mißtrauens.[3]) Bei familienangehörigen Miterben ist das meist nicht der Fall, wenigstens muß es nicht so sein. Aus diesen Tatsachen kann zweifellos der Schluß gezogen werden, daß das Vorkaufsrecht nur den berufenen Erben zugedacht ist und nicht dem stets als eindringenden Fremden bezeichneten Anteilserwerber. Wenn Pringsheim meint,[4]) es könne aus den oben dargelegten Tatsachen deswegen nichts geschlossen werden, weil die Aeußerung, das Vorkaufsrecht diene dem Erhalt des Familienbesitzes, nicht mit der, es befördere seine Uebertragung

[1]) Wie Anm. 2.

[2]) Vgl. Prot. 5, 840 Zstllg. 5, 211.

[3]) Etwas anderes ist es natürlich, wenn durch seinen Eintritt aus der Erbengemeinschaft eine Gesellschaft nach BGB oder eines o.H.G. entsteht. Vgl. § 3 der Darstellung. Unsere Ansicht stimmt auch mit der Tatsache überein, daß die Uebertragung des Anteils fast immer durch drängende Gläubiger, die keine andere Sicherheit oder Befriedigung mehr finden können, veranlaßt wird.

[4]) Rechtsstellung S. 64.

auf den Erwerber die Auseinandersetzung einander widersprechen, so übersieht er, daß das Preuß. Landesökonomiekollegium nach seiner Aeußerung die Förderung der Auseinandersetzung von der Einräumung des Vorkaufsrechts erwartete;[1]) davon, daß das Kollegium sie von der Uebertragung auf den Anteilserwerber erwartet hätte, ist nirgends etwas gesagt. Es wäre eine solche Aeußerung bei den sonstigen Erklärungen des Kollegiums, das durchweg den Gedanken der altdeutschen ländlichen Familiengemeinschaft vertrat, aus der letzten Endes das Vorkaufsrecht als Retractsrecht stammt, auch nicht recht verständlich.[2])

Es bleiben noch drei Nebenfragen zu beantworten. Einmal die, ob der Miterbe, der sich seines Anteils entäußert hat, bei einem später eintretenden Vorkaufsfall vorkaufsberechtigt ist; dann, ob die Miterben ihr Vorkaufsrecht ausüben können, wenn ein in die Erbengemeinschaft eingetretener Anteilserwerber seinen Anteil wieder veräußert und zuletzt, ob sie ein Vorkaufsrecht in dem Fall haben, daß der Erwerber des Anteils einen neuen Anteil hinzugekauft hat.

Die erste Frage ist zu verneinen.[3]) Durch die Veräußerung seines Anteils hat der Miterbe sich außerhalb des Familienverbandes gestellt, er ist auch am Nachlaß materiell nicht mehr beteiligt. Das Vorkaufsrecht des Miterben der seinen Anteil veräußert hat, geht also unter und wächst dem Vorkaufsrecht der andern Miterben nach Maßgabe ihrer Berufungsquoten an. Daraus folgt nicht wie Pringsheim[4]) meint, daß die Miterben, die einen Anteilserwerber durch die Nichtausübung ihres Vorkaufsrechts in die Erbengemeinschaft aufnehmen, auch in allen weiteren Fällen ihr Vorkaufsrecht verwirkt hätten. Diese Miterben sind am Nachlaß noch materiell beteiligt und haben ihr Vorkaufsrecht nur dem gegenüber verwirkt, dem gegenüber sie es nicht ausübten. Durch einmalige Ausübung des Vorkaufsrechts erlischt nur das aus dem Vorkaufsrecht als Anwartschaft für diesen konkreten Fall entstandene subjektive Recht, nicht aber die Anwartschaft für alle zukünftigen Fälle.

---

[1]) Zusammenstellungen 5 S. 211.

[2]) Auch das Preuß. Allg. Landrecht I 17 § 61, 65, 115 und der cod. civile art. 841 geben dem Miterben ein Vorkaufsrecht.

[3]) So Meyer Gruchot 51 S. 789; Strohal 2 S. 100 Anm. 23; a. A. Pringsheim Rechtsstellung S. 66 Anm. 2.

[4]) Rechtsstellung S. 64.

Die zweite Frage erstreckt sich naturgemäß nur auf den Fall, daß das gegen den veräußernden Miterben entstandene und gegen den Anteilserwerber nach § 2037 verfolgbare Vorkaufsrecht erloschen ist. Die Frage geht dahin, ob bei einer Veräußerung des Anteils durch den Anteilserwerber nach diesem Zeitpunkt ein Vorkaufsrecht neu entsteht. Diese Frage muß bejaht werden.[1]) Pringsheim begründet seine gegenteilige Meinung damit, daß es der Billigkeit entspreche, wenn die Miterben, die sich den Anteil haben entfremden lassen, diesen nicht mehr zurückgewinnen können. Dagegen ist schon vom Billigkeitsstandpunkt aus einzuwenden, daß für die Miterben von entscheidender Bedeutung ist, wer der Anteilserwerber ist. Wenn sie nun den ersten Anteilserwerber, der jetzt veräußert, deswegen aufnahmen, weil er ihnen vertrauenswürdig erschien, so erscheint es höchst unbillig, ihnen nun zuzumuten, sie müßten deswegen auch den nunmehrigen unzuverläßigen Anteilsanwärter aufnehmen.[2]) Nach dem oben Gesagten ist der Rechtsvorgang vielmehr der, daß durch Nichtausübung des dem Miterben oder ersten Anteilserwerber gegenüber entstandenen subjektiven Vorkaufsrechts dieses, aber nur dieses erloschen ist; das Vorkaufsrecht als Anwartschaftsrecht, aus dem letzteres subjektives Vorkaufsrecht entsprang, bleibt aber weiter bestehen, und aus ihm entspringt das neue subjektive Vorkaufsrecht dem neuen Anteilsanwärter oder dem seitherigen Anteilsinhaber gegenüber, denn der Tatbestand ist, wie im vorigen Satz dargelegt, ein ganz anderer als beim ersteren Vorkaufsfall, insbesondere weil der Anteilsanwärter ein ganz anderer ist.

Die dritte Frage ist in logischer Konsequenz zur Lösung der Hauptfrage zu bejahen. Betrachtet man wie wir den Anteilserwerber nicht als Miterben und nicht als vorkaufsberechtigt, so ist klar, daß ihm gegenüber die Miterben das Vorkaufsrecht ausüben können.[3])

---

[1]) a. A. Pringsheim Rechtsstellung S. 67; zustimmend Strohal 2 S. 100 Anm. 23.

[2]) Die Nichtausübung des Vorkaufsrechts erscheint mittelbar als Aufnahme des Anteilsanwärters in die Erbengemeinschaft.

[3]) Pringsheim Rechtsstellung S. 67.

§ 14. Der Erbschein.

Zwei Fragen sind hier zu trennen. Die erste geht dahin, ob der Anteilserwerber den Erbschein auf seinen Namen ausstellen lassen kann oder wenigstens auf dem auf den Namen des veräußernden Miterben ausgestellten Erbschein einen Uebertragungsvermerk anbringen lassen kann. Die 2. Frage betrifft die Stellung des Anteilserwerbers zum Erbschein bei Verneinung der ersten Frage.

Die erste Frage ist dahin zu beantworten, daß der Erbschein nicht auf den Namen des Erwerbers des Anteils ausgestellt werden kann. Auch ein Uebertragungsvermerk kann nicht auf den Erbschein gesetzt werden. Der Grund dafür ist, daß der Erbschein nicht ein Zeugnis über die gegenwärtige Beteiligung am Nachlaß als Vermögensmasse ist, sondern daß er lediglich die Erbquote seines Inhabers und damit dessen Anteilhaberschaft am Nachlaß zur Zeit des Erbfalls bezeugt.[1]) Wir haben bei der Frage, ob der Erwerber des Anteils Erbe wird, ausgeführt, daß der Anteil am Nachlaß Gegenstand des Erbrechts nicht das Erbrecht selbst ist wie beim Alleinerben die einzelnen Gegenstände. Niemand bestreitet nun, daß beim Alleinerben der Erbschein darüber keine Auskunft gibt und etwaigen guten Glauben nicht schützt, der dahin geht, daß gewisse Erbschaftsgegenstände noch im Nachlaß sind und deshalb vom Erben noch darüber verfügt werden kann. Der Erbschein schützt nur insoweit guten Glauben, daß der Inhaber Erbe sei d. h. falls die Gegenstände noch nicht von ihm veräußert sind, er darüber als Erbe verfügungsberechtigt sei. Der Gutglaubensschutz hinsichtlich des Erbeseins und der Verfügungsmacht über sämtliche zum Nachlaß gehörigen Gegenstände ist also begrifflich nur im Augenblick des Erbfalls vorhanden. Die Anwendung dieses Gedankengangs auf den Anteil am Nachlaß ergibt zunächst die unbestrittene Tatsache, daß es einen Gutglaubensschutz dahin-

[1]) Auch hier ist für diejenigen, die den Uebergang des Erbrechts annehmen, das Recht des Anteilserwerbers auf Ausstellung des Erbscheins auf den Namen des Anteilserwerbers ohne weiteres gegeben. So Leonhard Anm. III C zu § 2033. Uns zustimmend RG 64, 173; Strohal Festschrift S. 917 ff. Lehrbuch 2 S. 134; Binder Grundriß S. 36; Planck Anm. 3 zu § 2033; Staudinger Anm. 1 e zu § 2033. Ablehnend OLG Colmar RJA 3, 229; Endemann JW 1910 S. 89 ff.; derselbe DJZ 1910 S. 18 Marcus ZfGG 4, 329 und 4 S. 611 mit derselben Begründung wie Leonhard.

gehend, daß sich gewisse Nachlaßgegenstände noch im Nachlaß befinden und die Miterben darüber verfügungsberechtigt seien, nicht gibt. Des Weiteren ergibt sich aber daraus auch, daß ein Dritter, der von den Miterben, die sämtlich im Besitz einer Erbschaft sind, aber teilweise ihren Anteil an Dritte veräußert haben, einen Erbschaftsgegenstand erwerben will, sich nicht auf seinen guten Glauben auf den Erbschein berufen kann, denn wenn beim Alleinerben sich der gute Glaube nicht auch darauf erstreckt, daß der Alleinerbe noch Eigentümer des Nachlaßgegenstandes ist, so erstreckt er sich beim Miterben nicht darauf, daß er noch Miteigentümer ist.[1]) Eine Einziehung und eine Berichtigung des Erbscheins ist beim Alleinerben nicht vorgeschrieben und möglich, wenn er durch Rechtsgeschäft unter Lebenden sich des Nachlasses entäußert, nur dann, wenn sich herausstellt, daß er nicht Erbe war, oder es nicht mehr ist, also nur auf Grund erbrechtlicher Vorgänge, die den Tatbestand des Berufenseins ändern. Die Veräußerung des Anteils am Nachlaß ist ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, durch das die Mitberechtigung am Nachlaß auf einen andern übertragen wird. Sie ist selbst kein erbrechtlicher Vorgang, wie denn auch ursprünglich die Vorschriften über Erbschaftskauf im speziellen Teil der Schuldverhältnisse standen. Lediglich der Gegenstand des Geschäfts verlangt eine Spezialregelung. Gewährt aber das Gesetz dem Dritten weder Gutglaubensschutz, wenn der Alleinerbe über das Alleineigentum am Nachlaß zweimal verfügt, noch wenn der Miterbe über sein Miteigentum an einem Nachlaßgegenstand zweimal verfügt, so liegt ein Anlaß in der Frage der Erbscheinsänderung eine verschiedene Behandlung herbeizuführen nicht vor. Daß eine Abänderung des Erbscheins und Ausstellung auf den Namen des Erwerbers sich aus dem Gesetz nicht gut begründen läßt, gibt die Gegenansicht auch zu, wenn sie von einer sinngemäßen Fortbildung spricht, die hier nötig sei.[2]) Allein die von der Gegenmeinung angeführten Gründe können eine Fortbildung des Gesetzes nicht rechtfertigen. Dazu wäre vor allem nötig, daß eine echte Gesetzeslücke vorläge, wofür die Gegenansicht als Beweis lediglich das angebliche Bedürfnis des

[1]) Keine Rolle spielt hier wiederum die Frage, ob der Anteil die Summe der Einzelanteile an den Nachlaßgegenständen ist oder nicht ist.
[2]) Endemann S. 1108.

Gutglaubensschutzes und der „Volkswohlfahrt“[1]) anführt. Gutglaubensschutz ist aber eine zweischneidige Sache, der eine Vertragsteil hat dabei immer den Schaden zu tragen. Eine freie Auslegung oder sogar eine derartige Fortbildung des Gesetzes erscheint daher vom Standpunkt der allgemeinen Auslegungsgrundsätze aus, als verfehlt. Zur Begründung seiner sehr freien Auslegung beruft sich Endemann, obwohl er sonst diese Methode energisch ablehnt, auf die gesetzgeberischen Vorarbeiten, auf die Zweckmäßigkeit, die Praktikabilität und auf die Interessenlage. Was die gesetzgeberischen Vorarbeiten anlangt, so ist von niemand bezweifelt, daß für den Gesetzgeber nicht unbedingt die historische Entwicklung maßgebend sein soll, sondern die Zweckmäßigkeit. Daß dieser Grundsatz bei der Auslegung, falls der Gesetzgeber nach Ansicht des Auslegenden nicht zweckmäßig verfahren ist, zu einer Fortbildung des Gesetzes, die nach Ansicht des Auslegenden zweckmäßig wäre, berechtigen würde, kann nicht behauptet werden, denn würden die Auslegenden über eine Frage nur vom Standpunkt der Zweckmäßigkeit aus urteilen, so würden sie sich zu Gesetzgebern erheben, was auch nach Endemann nicht zulässig ist.[2]) Richtig ist auch, daß das Fehlen eines Hinweises auf den Anteilserwerber darauf zurückzuführen sein wird, daß die Abtretbarkeit des Anteils erst nachträglich ins Gesetz aufgenommen wurde. Damit ist aber lediglich ein von vornherein bestehender Zweifel beseitigt; einen positiven Beweis zu erbringen, bleibt noch übrig. Vor allem aber folgt aus diesem Umstand, daß Endemanns Ansicht, der Gesetzgeber nenne absichtlich den Anteilserwerber ebenfalls Miterben, von ihm selbst nicht haltbar ist; denn auch in § 2033 ff. ist immer nur deswegen vom Miterben und nicht vom Anteilserwerber die Rede, weil der Gesetzgeber die Abtretbarkeit nachträglich zuließ und im Gesetz nicht weiter systematisch eingearbeitet hat. Was des weiteren der Hinweis Endemanns auf die Praktikabilität anlangt, so ist er zu

[1]) Endemann S. 1108. Er spricht auch noch vom Zweckgedanken des Erbscheininstituts als Beweismittel. Aber gerade um den Umfang des Erbscheins als Beweismittel geht ja der Streit. Das zu Beweisende wird hier als richtig unterstellt. Ueber die „Volkswohlfahrt“ braucht wohl nichts gesagt werden.

[2]) Er begeht damit tatsächlich den Fehler, der nach unrichtiger Ansicht der Interessenjurisprudenz anhaften soll. Vgl. die im § 2 der Darstellung angeführten Ausführungen Pringsheims.

unbestimmt, um überhaupt Gegenstand genauerer Erörterung sein zu können. Letzten Endes beruft sich Endemann auf die Interessenlage. Einmal sagt er, der Veräußerer entbehre jedes Schutzinteresses und die Verweigerung des Erbscheins für den Erwerber erscheine lediglich als Schikane. Endemann berücksichtigt hier aber einmal nicht, daß der Erwerber dem Veräußerer den Erbschein abverlangen kann und so gegen Mißbrauch geschützt ist, zum andern, daß der Dritte, der Nachlaßgegenstände von der Erbengemeinschaft unter Mitwirkung des nicht mehr berechtigten Veräußerers erwirbt, niemals auf Grund des Erbscheins, sondern auf Grund guten Glaubens und Rechtsscheins hinsichtlich des einzelnen Gegenstands erwirbt. Es handelt sich letzten Endes bei dem Problem nicht um eine Interessenabgrenzung zwischen dem Veräußerer eines Nachlaßgegenstands und dem Anteilserwerber, sondern zwischen dem Dritten und dem Anteilserwerber. Bei der Abgrenzung dieser Interessen muß aber gesagt werden, daß der Käufer eines Nachlaßgegenstands, soweit er auf einen Rechtsschein vertrauen kann,[1]) vom nicht mehr berechtigten Anteilsveräußerer deswegen erwirbt, weil er nach den allgemeinen Gutglaubensgrundsätzen des BGB für schutzwürdiger anzusehen ist, als der Anteilskäufer als Käufer eines Rechts ohne Rechtsschein. Die gleiche Abwägung kommt umgekehrt dem Anteilserwerber dann zu Gute, wenn der vom Anteilsveräußerer nach Uebertragung des Anteils verkaufte Nachlaßgegenstand eine unverbriefte Forderung ist. In diesem Fall erwirbt der Forderungskäufer nichts. Mit den Ausführungen am Schluß seiner Erörterung, daß, da das Gesetz durch § 2033 das Rechtsinstitut der Abtretung des Anteils am Nachlaß geschaffen habe, es dieser auch nach allen Richtungen hin einen Schutz angedeihen lassen wolle, steht Endemann allein. Es ist schon oben[2]) dargelegt, daß der Erwerb eines Anteils am Nachlaß ein Spekulationsgeschäft ist und daß nach der Vorgeschichte des § 2033 niemals behauptet werden kann, daß der Gesetzgeber die Förderung der Abtretung des Anteils in jeder Beziehung hat bewerkstelligen wollen.[3]) Bei dem aleatorischen

[1]) z. B. bei beweglichen Sachen der Besitz, bei unbeweglichen Sachen das Grundbuch.
[2]) § 11 der Darstellung S. 72.
[3]) Auch dieser Beweis erscheint als Behauptung und nicht als Begründung.

Charakter des ganzen Geschäfts kann auch ein Bedürfnis nicht als vorliegend anerkannt werden, zumal dem Anteilskäufer Sicherungsmittel zur Verfügung stehen, die einen ausreichenden Schutz gewährleisten. So wird ein einigermaßen vorsichtiger Anteilskäufer hinsichtlich des Besitzes und des Grundbuchs sofort das Erforderliche veranlassen, sich z. B. den Mitbesitz verschaffen oder einen Widerspruch ins Grundbuch eintragen lassen. Dies wird umsomehr der Fall sein, weil es sich beim Anteilsverkäufer meist um einen unsicheren Schuldner handelt.[1]) Vor allem aber wird er von einem Veräußerer, der sich nicht als Miterbe auszuweisen vermag, außer dem Erbschein des Miterben die notariell beurkundeten Abtretungserklärungen vorlegen und ausfolgen lassen.

Im Uebrigen braucht weiteres zur Widerlegung der Gegenansicht nicht ausgeführt werden, da Strohal diese im Einzelnen treffend widerlegt hat.[2]) Unrichtig ist der Vorwurf Endemanns, unsere Meinung klammere sich an das Wort „Erbe" an. Das hat Strohal offensichtlich nicht getan; im Gegenteil hat er insbesondere vom praktischen Gesichtspunkt aus die Unmöglichkeit der Gegenmeinung dargelegt. Was Endemann neuerdings ausführt,[3]) sind Behauptungen, aber keine Beweise. Strohal anerkennt nicht, daß unsere Ansicht, speziell wie sie das Reichsgericht formuliert, praktisch unbrauchbar und unbefriedigend sei, er stellt vielmehr nur fest, daß das Gesetz de lege lata verbesserungsbedürftig ist, was sicherlich keinem Zweifel unterliegt. Der weitere, auch von Kretzschmar angefochtene Vorschlag Strohals, im Grundbuch die Miterben nicht mehr mit Namen, sondern nur die jeweiligen „Erbengemeinschafter" einzutragen, hat mit unserer Frage nichts zu tun.

Die Frage, ob bei Verneinung der ersten Frage nicht auf den Erbschein ein Uebertragungsvermerk gesetzt werden kann, wird heute allgemein verneint und kann als unbestritten gelten.

Der Erwerber eines Anteils am Nachlaß kann nach § 413 in Verbindung mit § 402 die Herausgabe des auf den Namen des Veräußerers ausgestellten Erbteils von diesem verlangen. Auch ist er berechtigt, die Ausstellung eines Erbscheins auf den Namen des Veräußerers zu beantragen und an sich ausfolgen

[1]) Vgl. S. 106 der Darstellung Anm. 2.
[2]) Festschrift für Gierke 917 ff.
[3]) S. 1109 Ziff. 4.

zu lassen.[1]) Der Erbschein des berufenen Erben zusammen mit dem gerichtlich oder notariell beurkundeten Abtretungsvertrag sind die erforderliche und ausreichende Legitimation des Anteilserwerbers.[2])

§ 15. § 2287 B. G. B.

§ 2287 gibt dem Vertragserben, den der Erblasser durch Schenkung an Dritte absichtlich benachteiligt hat, gegen diese ein Rückforderungsrecht. Da das Recht nur dem Vertragserben zusteht, kann von vornherein nur fraglich sein, ob es auch dem Anteilserwerber, der den Anteil des Vertragserben erworben hat, zusteht. Allein auch diese Frage muß verneint werden. Allgemein[3]) wird ohne Widerspruch angenommen, daß der Anspruch aus § 2287 nicht zum Nachlaß gehört und wenn mehrere Erben vorhanden sind, nicht der Nachlaßgemeinschaft. Dies ergibt sich einmal daraus, daß dem Erblasser dieser Anspruch nie zustand und fernerhin nur dem Vertragserben zusteht,[4]) d. h. dem einen Erben und dem andern nicht. Jedem der Miterben, denen der Anspruch aus § 2287 zusteht, steht er als selbständiges Teilrecht gegen den Beschenkten zu;[5]) er entsteht erst mit dem Anfall an den Vertragserben als dessen persönlicher Anspruch.[6]) Aus alledem ergibt sich, daß der Anspruch aus § 2287 dem Anteil am Nachlaß nicht immanent ist und mit der Uebertragung des Anteils am Nachlaß nicht notwendig übergeht. Daß dieser Anspruch an sich übertragbar ist, spielt dabei keine Rolle. Selbstverständlich besteht auch die Möglichkeit, daß er zusammen mit dem Anteil übertragen wird. Notwendig ist aber, daß auch für ihn ein gültiger Abtretungsvertrag vorliegt. Ob das der Fall ist, muß durch Auslegung im Einzelfall festgestellt werden.[7])

---

[1]) Erlaß des Württ. Justizministeriums vom 28. 7. 04, abgedruckt bei Bohn Württ. Justizverwaltung S. 550: „Jedem, der ein berechtigtes Interesse glaubhaft macht, ist eine weitere Ausfertigung oder Abschrift des bei den Nachlaßakten befindlichen Erbscheins auszufolgen," Dernburg S. 453 Anm. 7; Kipp S. 196 IV.

[2]) KG Ring alte Folge 6, 115; vgl. auch OLG Breslau OLG 6 S. 400.

[3]) Staudinger § 2287 Anm. 2 zu C; Endemann S. 644; Strohal I S. 369/70; Leonhard § 2287 III A 4; Dernburg S. 282 und Anm. 9 ebenda.

[4]) Leonhard a.a.O.; Endemann a.a.O.

[5]) Strohal, Dernburg a.a.O.

[6]) Staudinger a.a.O.

[7]) Dernburg a.a.O.; Strohal I S. 369 Anm. 42.

§ 16. § 86 FGG.

A. Vorbemerkung.

Mit Ausnahme des Rechts auf den Erbschein mit dem Namen des Erwerbers des Anteils, der Rechte aus § 2287, des Vorkaufsrechts und des Firmenrechts[1]) erlangt der Anteilserwerber sämtliche Rechte, die der Miterbe hatte. Einige Grenzfälle, in denen dies zweifelhaft sein kann, sollen im folgenden noch erörtert werden. Bei der Beantwortung muß auch hier davon ausgegangen werden, ob das betreffende Recht Ausfluß des Erbeseins oder Ausfluß der Anteilhaberschaft ist. Die Rechte, die ohne weiteres als Ausfluß der Anteilhaberschaft erscheinen, brauchen nicht besonders erörtert werden, so z. B. der Uebergang der Rechte des § 2042, 2038 und 2040.[2])

B. § 86 FGG.

Nach § 86 Abs. 2 FGG sind u. A. antragsberechtigt, die Vermittlung des Nachlaßgerichts zu beantragen, jeder Miterbe, ebenso der Erwerber eines Erbteils. Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist unzweifelhaft, daß der Anteilserwerber Beteiligter im Sinne des § 86 FGG wird. Fraglich kann nur erscheinen, ob der veräußernde Miterbe trotzdem Beteiligter bleibt. Das muß aber verneint werden. Die Beteiligung an der Auseinandersetzung, die die Erbengemeinschaft aufhebt, hat lediglich vermögensrechtlichen Charakter; bei ihr wird die Anteilsquote am Nachlaß als Ganzem und damit die mittelbare gebundene Anteilhaberschaft an allen einzelnen Nachlaßgegenständen in unmittelbare Alleinherrschaft an einem Teil der Nachlaßgegenstände umgetauscht. Da der Anteilserwerber, ebenso wie die übrigen Miterben an Verfügungen des Erblassers wie an Gemeinschaftsbeschlüsse gebunden ist, hat der Miterbe, der sich seines Anteilrechts entäußert hat, keinen Platz mehr bei der Auseinander-

---

[1]) Das Firmenrecht wird heute allgemein als nicht übergehend angesehen und deshalb hier nicht besonders behandelt. Wer natürlich das Erbrecht übergehen läßt, muß konsequenterweise anderer Ansicht sein.

[2]) Pringsheim Rechtsstellung S. 74 behauptet ohne nähere Begründung, daß der Quotenanspruch und das Recht auf Auseinandersetzung nicht ohne weiteres aus dem Eigentum am Anteil am Nachlaß folge. Allein das ist übertrieben. Niemand wird z. B. dafür einen besonderen Beweis verlangen, daß bei Abtretung eines Gemeinschaftsanteils nach § 741 auch das Recht die Auseinandersetzung zu verlangen, übergehe.

setzung. Im übrigen erscheint die Auseinandersetzung in materiellem Sinne als Unterfall der Verfügung über Nachlaßgegenstände, da die Erbengemeinschafter an einen an sich Gemeinschaftsbeteiligten, aber in dessen Eigenschaft als Außenstehenden Nachlaßgegenstände übertragen. Möglich ist, daß die Uebertragung des Anteils im Auseinandersetzungsverfahren erfolgt. In beiden Fällen hat der Miterbe, der seinen Anteil veräußert hat, keinerlei Anspruch auf Teilnahme am Auseinandersetzungsverfahren.[1]) Bei nur fiduziarischer Uebertragung des Anteils ist ebenso zu entscheiden, da auch bei der fiduziarischen Uebertragung des Anteils am Nachlaß der allgemeine Satz gilt, daß die fiduziarische Uebertragung dinglich eine volle Uebertragung ist.[2])

§ 17. § 41 Grundbuchordnung.

In § 41 GBO ist gesagt, daß in gewissen Fällen der von einer Eintragung betroffene Erbe, nicht als Berechtigter vorher eingetragen sein muß, so insbesondere, wenn die Uebertragung oder die Aufhebung des Rechtes des Erben eingetragen werden soll. Die ratio, die dieser Vorschrift zu Grunde liegt, ist in jeder Beziehung auf das praktische Interesse abgestellt: es soll einmal verhindert werden, daß eine Buchung stattfindet, die gemacht würde, um sofort wieder gelöscht zu werden; daneben sollen den Parteien nicht unnötige Kosten erwachsen. Es erscheint unbedenklich, die Vergünstigung des § 41 auch dem Erwerber des Anteils zukommen zu lassen, da die ratio auch für ihn voll zutrifft und diese Vergünstigung offensichtlich als ein Ausfluß der Anteilhaberschaft am Nachlaß erscheint.[3]) Aus dem Wort Erbe kann hier ebensowenig etwas gegen unsere Ansicht entnommen werden, wie sonst. Auch der Einwand Pringsheims,[4]) daß u. a. deswegen der Anteilserwerber die Vergünstigung des § 41 nicht erlange, weil der Anteilserwerber keinen Erbschein habe und dieser für den Grundbuchbeamten das einzig zulässige Beweismittel sei, kann nicht durchschlagen. Einmal ist der Erbschein nicht das einzige für den Grundbuchbeamten zulässige und mögliche Beweismittel. Es steht nichts

[1]) Zustimmend im Ergebnis Staudinger § 2033 Anm. 1 e; Schlegelberger Komm. zum FGG § 86 Anm. 13; KG DJZ 1907 S. 361/62.
[2]) KG OLG 14, 154.
[3]) Im Ergebnis zustimmend KG RJA 4, 263; ablehnend KG OLG 4, 189.
[4]) Rechtsstellung S. 99/100.

im Wege, den Anteilserwerber auch dem Grundbuchbeamten gegenüber durch den Erbschein des veräußernden Miterben zusammen mit dem notariell beurkundeten Abtretungsvertrag als legitimiert anzusehen, da nach § 29 GBO nur öffentliche Urkunden verlangt sind; zum Andern geht trotz dieser angeblichen Schwierigkeiten das Recht aus § 41 GBO schon deswegen über, weil es offensichtlich ein Ausfluß der Anteilhaberschaft am Nachlaß ist. Die Praxis hat denn auch mit Recht den in § 41 enthaltenen Grundgedanken auf weitere ähnlich liegende Fälle ausgedehnt. So auf den Fall, daß die Versteigerung eines Grundstücks erbteilungshalber angeordnet werden kann, ohne daß der Erwerber des Anteils vorher grundbuchrechtlich als Miteigentümer eingetragen ist.[1])[2])

§ 18. Die Ausgleichungspflicht.

Darüber, daß die Ausgleichungspflichten- und Rechte auf den Anteilserwerber übergehen, besteht heute kein Zweifel mehr.[3]) Lediglich in der Begründung bestehen Abweichungen, insbesondere darüber, ob auf die §§ 2372 und 2376 die obige Ansicht gestützt werden kann oder nur auf die Natur der Ausgleichung.[4]) § 2372 bestimmt, daß die Vorteile, welche sich aus der Ausgleichungspflicht eines Miterben ergeben, dem Käufer gebühren. Das kann nur so viel heißen, daß der Verkäufer obligatorisch verpflichtet ist, die Vorteile, die durch die Ausgleichungspflicht eines Miterben entstehen, dem Käufer zukommen zu lassen, auch wenn diese Ausgleichungspflicht erst nach Abschluß des Kaufs bekannt wird.[5]) Somit hat § 2372 nur das obligatorische Verhältnis im Auge, die dingliche Seite berührt er nicht. Ist der Anteil an den Käufer schon übertragen, so fallen ihm die Vorteile der Ausgleichungspflicht der Miterben

[1]) OLG München JW 1919 S. 1003 Nr. 4 Vgl. § 17 § 180/181 des ZVG. Zustimmend Stillschweig in JW 1919 S. 1003.

[2]) Eine noch weiter gehende, aber ebenfalls richtige Auslegung des KG findet sich in Ring alte Folge 11, 298, wo aus § 40 und 41 GBO gefolgert wird, daß es möglich ist, die Löschung einer auf dem Grundstück einer Gemeinde eingetragenen Eigentümerhypothek auf Antrag der durch Eingemeindung der Gemeinde geschlossenen neuen Einheitsgemeinde, ohne daß es der vorgängigen Eintragung der letzteren als Eigentümerin des belasteten Grundstücks bedarf, zu vollziehen.

[3]) Für Viele Staudinger § 2050 III D.

[4]) Biery S. 101.

[5]) Vgl. „Gebühren" und Ueberschrift über § 2371: Erbschafts-„Kauf".

selbst zu, da die Ausgleichungspflicht nur zwischen den Erbengemeinschaftern bestehen kann, der Anteilsveräußerer aber aus der Erbengemeinschaft durch die Abtretung seines Anteils ausgeschieden ist. Daß die Ausgleichungspflicht nur unter den Erbengemeinschaftern besteht, ergibt sich daraus, daß allein sie materiell[1]) und prozessual[2]) Auseinandersetzungsbeteiligte sind. Ist also der Anteil schon übertragen, so kann § 2372 nur bedeuten, daß der Veräußerer keine obligatorische Forderung auf die dem Käufer auf diese Weise zugefallenen Vorteile hat, da der Veräußerer den Anteil gar nicht ohne die Vorteile, die im Bestehen einer Ausgleichungspflicht enthalten sind, übertragen konnte. § 2376 bestimmt, daß sich die Gewährleistungspflicht des Erbschaftsverkäufers u. a. darauf beschränke, daß keine Ausgleichungspflicht bestehe. Also auch hier handelt es sich um eine Vorschrift, die lediglich obligatorische Verhältnisse regelt, nämlich die beim Kauf typische Gewährleistungspflicht. Diese hat aber für die dingliche Seite nichts zu bedeuten. Indessen geht aus der Regelung die § 2376 trifft hervor, daß der Gesetzgeber davon ausging, daß die Ausgleichungspflicht den anderen Miterben gegenüber den Anteilserwerber trifft, also für ihn zunächst ein Schaden entsteht; denn wenn die Ausgleichungspflicht direkt und allein den Veräußerer träfe, hätte es keinen Sinn zu bestimmen, daß er dem Erwerber gegenüber für das Nichtvorhandensein von Ausgleichspflichten einzustehen habe. Aus § 2376 geht also hervor, daß der Gesetzgeber den Anteil als mit der Ausgleichungspflicht belastet übergehend angesehen hat. In entsprechender Anwendung dieses Satzes ist auch anzunehmen, daß dasselbe auch von den Ausgleichungsvorteilen gilt, was mit dem zu Anfang zu § 2372 Gesagten in voller Uebereinstimmung steht.[3])

§ 19. Familienbilder und -Papiere.

Niemand bezweifelt, daß die Familienbilder und -Papiere wie die übrigen Gegenstände des Erblassers in den Nachlaß

[1]) § 2042 ff.
[2]) § 86 Abs. 2 FGG.
[3]) Die Frage, ob die Ausgleichungspflichten oder Rechte vor der Teilung, bei Stimmrecht und Fruchtbezug zu berücksichtigen sind, braucht von uns nicht untersucht zu werden. Sie ist ein Problem der Miterbengemeinschaft überhaupt, nicht ein Problem des Uebergangs. Wie man sich beim Miterben entscheidet, muß man sich auch beim Anteilserwerber entscheiden.

fallen.[1]) Damit ist auch gesagt, daß bei einer Veräußerung des Anteils der Veräußerer des Anteils aufhört, an ihnen mitberechtigt zu sein und der Erwerber an seine Stelle tritt. Wer diese Konsequenz nicht ziehen will, muß den Nachweis erbringen, daß das Gesetz für die Familienbilder und -Papiere als Nachlaßbestandteile und zwar für die dingliche Seite Ausnahmen enthält. Dieser Nachweis ist aber nicht erbringbar. Ein Hinweis auf die §§ 2047 Abs. 2 und 2373 Satz 2 genügt keineswegs.[2]) Was § 2047 anlangt, so bezieht er sich zunächst nur auf die Familienpapiere, die, was Pringsheim selbst anerkennt, nicht mit den Familienbildern identisch sind; dann aber nicht, wie Pringsheim ebenfalls meint,[3]) im wesentlichen dieselben Gegenstände sind. Fernerhin bezieht sich § 2047 lediglich auf die Auseinandersetzung;[4]) dies ergibt sich aus dem übrigen Inhalt des § 2047 und seiner Stellung. In diesem Zusammenhang bedeutet § 2047 Abs. 2, daß hinsichtlich der Familienpapiere keiner der Miterben das Recht hat, für sich ohne Zustimmung der Andern die Auseinandersetzung zu verlangen,[5]) daß aber bei Uebereinstimmung der Miterben diese aufgeteilt werden können, ist selbstverständlich.[6]) Jedenfalls aber haben alle diese Bestimmungen mit dem Uebergang des Anteilsrechts an den Familienpapieren bei der Anteilsabtretung nichts zu tun. Es ist ganz natürlich, daß der Erwerber eines Anteils hinsichtlich der Familienpapiere ebenso gestellt ist wie sein Vorgänger. Wollen die übrigen Miterben die Familienpapiere nicht aufteilen, so kann der Anteilserwerber ebensowenig aus § 2042 Abs. 1 die Auseinandersetzung hinsichtlich dieser Papiere erzwingen wie sein Vorgänger; nichtsdestoweniger ist er aber ebenso an den Familienpapieren, z. B. bei einer Verfügung über diese[7]) mitberechtigt, wie sein Vorgänger es war. Der § 2373 kann der Gegenansicht deswegen nicht als Stütze dienen, weil er lediglich vom obligatorischen Geschäft spricht und nur eine Auslegungs-

[1]) So auch Pringsheim Rechtsstellung und Biery a.a.O.
[2]) Pringsheim Rechtsstellung S. 90; ihm folgend Biery S. 22.
[3]) a.a.O. S. 91.
[4]) Der Streit mit dem sich Pringsheim und Biery hier ausführlich befassen, nämlich ob die an den Familienpapieren bestehende Restgemeinschaft eine solche nach § 741 oder nach § 2032 ist, gehört nicht hieher.
[5]) Leonhard II B zu § 2373.
[6]) RGR Komm. Anm. 3 zu § 2047; Staudinger Anm. 2 zu § 2047.
[7]) § 2040 Abs. 1.

regel[1]) hinsichtlich des Kaufs darstellt, die nur zur Anwendung kommt, wenn nichts besonders gesagt ist. Ist dagegen von den Parteien ausgemacht, daß auch die Familienpapiere und -Bilder verkauft sein sollen, so sind auch sie verkauft. Davon, daß sie nicht verkaufbar seien, ist in § 2373 nirgends die Rede. Richtig ist nur, daß in dem Fall, in dem die Familienbilder und -Papiere nicht mitverkauft sind, der Anteil am Nachlaß und damit das Miteigentum an ihnen übertragen ist, eine gewisse Schwierigkeit dann entsteht, aber nur, wenn die andern Miterben mit der Aufteilung der Familienbilder und -Papiere nicht einverstanden sind; denn dann kann der Anteilserwerber seine obligatorische Verpflichtung dem Anteilsveräußerer, die auf ihn den Anteilserwerber nach der Aufteilung entfallenden Familienpapiere- und Bilder dem Anteilsveräußerer zu übergehen bzw. den Anspruch darauf abzutreten nur so erfüllen, daß er den künftig entstehenden Anspruch auf diese Gegenstände an den Anteilsveräußerer abtritt. Daß aber dieser Anspruch wertlos[2]) sei, kann nicht behauptet werden, denn auch die Gemeinschaft hinsichtlich der Familienpapiere und -Bilder wird, wie die Erfahrung des Lebens zeigt, nicht länger fortgesetzt als die hinsichtlich anderer Nachlaßgegenstände. Letzten Endes würde aber die Gegenansicht zur Bildung zweier Erbengemeinschaften führen und damit zur doppelten Erbauseinandersetzung. Das ist aber mit den Grundsätzen der Erbengemeinschaft nicht vereinbar.[3])

§ 20. Auskunftspflicht des Testamentsvollstreckers.

Auch die Rechte aus § 2215 gehen auf den Erwerber eines Anteils am Nachlaß über.[4]) Die Auskunftspflicht des Testamentsvollstreckers beruht darauf, daß er fremdes Vermögen verwaltet. Sie ist ein Fall der allgemeinen Auskunftspflicht bei Wahrnehmung fremder Interessen; mit dem Erbesein in persönlicher Beziehung[5]) hat § 2215 nichts zu tun. Entspringt aber die Auskunftspflicht dem Tatbestand fremder Vermögensverwaltung, so kann das Recht auf Auskunft nur dem zustehen,

---

[1]) Dies gibt Pringsheim Rechtsstellung S. 89 selbst zu.
[2]) Pringsheim Rechtsstellung S. 90.
[3]) Vgl. dazu Planck § 2033 2 d.
[4]) So Leonhard Anm. C II zu § 2215; Staudinger Anm. 5 zu § 2215.
[5]) KG OLG 12, 373.

dem das Vermögen gehört oder dem, der ein dingliches Recht an diesem hat. Damit steht fest, daß das Auskunftsrecht als Bestandteil des Anteils am Nachlaß auf den Anteilserwerber übergehen kann und übergehen muß. Es kann weder beim Veräußerer, der keinen Anteil am Nachlaßvermögen mehr hat, verbleiben, noch kann es dieser gesondert ohne den Anteil abtreten. Auch dem Pfandgläubiger[1]) und dem Nießbraucher[2]) steht als dinglich Berechtigtem das Auskunftsrecht zu. Wer die Abtretung von Bruchteilen des Anteils am Nachlaß an Dritte zuläßt, ist vor die Frage gestellt, ob der Erwerber des Bruchteils eines Anteils am Nachlaß auch ein Auskunftsrecht hat. Staudinger[3]) lehnt dies ohne weitere Begründung ab. Eine Ablehnung kann aber, wenn man schon die Abtretung des Bruchteils am Anteil zuläßt, nicht gerechtfertigt werden. Man kann dafür die durch die Zersplitterung für den Testamentsvollstrecker entstehende Erschwerung und Mehrarbeit anführen. Allein dasselbe muß man bei der Frage der Abtretbarkeit des Bruchteils überhaupt hinsichtlich der übrigen Anteilsinhaber und Nachlaßgläubiger ganz generell tun.[4]) Setzt man sich aber über die andern, den Miterben und den Nachlaßgläubigern entstehenden Erschwerungen hinweg, so ist es auch nicht angängig, die Erschwerung, die für den Testamentsvollstrecker durch die Abtretung des Bruchteils des Anteils entsteht, einfach zu Ungunsten des Erwerbers eines Bruchteils eines Anteils aufzuheben. Richtig ist, daß, wenn nicht ein Bruchteil des Anteils, sondern ein Teil des Auseinandersetzungsguthabens abgetreten oder gepfändet ist, der Erwerber oder Gläubiger kein Auskunftsrecht hat.[5]) Auf diese Tatsache kann aber bei dem wesentlichen Unterschied zwischen Auseinandersetzungsguthaben und Anteil am Nachlaß

---

[1]) KG OLG 12, 373; Staudinger a.a.O.; Leonhard a.a.O. mit der Begründung, daß das Erbrecht übergehe.

[2]) JW 1904 S. 338 Nr. 7 (RG); Staudinger a.a.O.

[3]) a.a.O.

[4]) Wir lassen die Abtretbarkeit des Bruchteils des Anteils aus diesem Grunde überhaupt nicht zu. Die für die Gegenansicht oben dargestellte Schwierigkeit ist ein weiterer Beweis für die Richtigkeit unserer Ansicht. Vgl. § 7 der Darstellung.

[5]) So KG OLG 12, 373, worauf sich Staudinger a.a.O. anscheinend stützt. So hat nach RG 95, 231 der Gläubiger, der einen Gesellschaftsanteil seines Schuldners gepfändet hat, kein Auskunftsrecht den andern Gesellschaftern gegenüber, da er in dieser Beziehung einem solchen gleichsteht, dem das Auseinandersetzungsguthaben abgetreten ist.

die Ablehnung der Auskunftspflicht dem Erwerber des Bruchteils eines Anteils gegenüber nicht gestützt werden.

§ 21. Der Erbschaftsanspruch.

Demjenigen gegenüber, der behauptet, als Erbe an einem Gegenstand ein Recht zum Besitz zu haben, gibt das Gesetz neben dem Anspruch aus § 985 den sogenannten Erbschaftsanspruch. In § 2018 heißt es, daß dieser Anspruch dem Erben zustehe. Es erhebt sich die Frage, ob auch der Anteilserwerber die Vergünstigung des § 2018 erlangt, oder ob er lediglich auf die Ansprüche aus seinem gebundenen Miteigentum angewiesen ist. Die richtige Antwort kann nur dahin lauten, daß der Erbschaftsanspruch dem Anteilserwerber ebenso zusteht, wie er dem veräußernden Miterben zustand.[1]) Pringsheim[2]) ist der Ansicht, daß der Erbschaftsanspruch dann nicht auf den Erbteilserwerber übergehe bzw. überhaupt nicht zur Entstehung gelange, wenn der Dritte erst nach abgeschlossenem Kauf oder nach Abtretung des Anteils etwas aus der Erbschaft erlangt. Diese Ansicht beruht auf der Vorstellung,[3]) daß die Eigenart des Erbschaftsanspruchs ihren Grund in der Person des Gläubigers habe und der Erbschaftsanspruch aus der Verletzung des „universellen Erbrechts des Erben" herrühre. In konsequenter Anwendung dieser Voraussetzung kommt Pringsheim zu dem Schluß, daß es von vornherein klar sei, daß für den Erbschaftserwerber der Erbschaftsanspruch nicht begründet werden könne, da dieser nur Sondernachfolger des Erben sei. Allein das Ergebnis dieses Schlusses ist schon um deswillen unrichtig, weil die Voraussetzung, von der ausgegangen wird, nicht zutrifft. Offenbar[4]) versteht Pringsheim unter Verletzung des universellen Erbrechts einen Eingriff in den Tatbestand des Berufenseins. Ein solcher

[1]) So allerdings wie Pringsheim richtig bemerkt (Rechtsstellung S. 67) RG JW 1903 S. 104 Nr. 234 ohne Begründung. Ebenso ohne Begründung Dernburg S. 437; Kipp S. 207; Staudinger Anm. 1 e zu § 2033; Leonhard III C 3 zu § 2033 mit der Begründung, daß der Anteilserwerber Erbe wird. Teilweise zustimmend Pringsheim Rechtsstellung S. 71.

[2]) Rechtsstellung S. 71. Gegen Pringsheim ohne Begründung Kipp S. 207 Anm. 14.

[3]) Rechtstellung S. 69.

[4]) Pringsheim Rechtsstellung S. 71/72: „Der Besitzer, der etwas aus der Erbschaft, die nunmehr dem Erwerber gehört, prätendiert, tastet nur das Erbrecht des Miterben, daneben aber natürlich das Eigentum oder sonstige Rechte des Erwerbers an."

fällt aber dem Erbschaftsbesitzer keineswegs zur Last,[1]) denn er will und kann nicht den Berufungstatbestand abändern, vielmehr behauptet er gerade, er sei nach dem gegebenen Tatbestand als Erbe berufen und wolle als berufener Erbe besitzen. Der Umstand, daß der Erbschaftsanspruch nur gegen den possessor pro herede geht, zeigt deutlich, daß die Einstellung des Schuldners den Ausschlag gibt, denn von seinem Verhalten hängt es ab, ob dem Gläubiger nur die Eigentumsansprüche oder auch der Erbschaftsanspruch zusteht. Die Entscheidung unserer Frage hängt letzten Endes davon ab, wie man die Vorfrage entscheidet, aus welchen Gründen das Gesetz den Erbschaftsanspruch gegen den Erbschaftsbesiter gibt. Die Antwort auf diese Frage kann aber nach dem Ausgeführten niemals dahin gehen, daß der Erbschaftsanspruch deswegen gegeben sei, weil im Erbschaftsbesitz eine Anmaßung des Erbrechts liegt. Eine Verletzung der Interessen des wahren Erben in dieser Beziehung könnte gegebenenfalls genügend durch Feststellungsklage begegnet werden. Vielmehr wird der Erbschaftsanspruch vom Gesetz als Anspruch mit besonderem Inhalt deswegen gegeben, weil der Gegenstand des Besitzes unentgeltlich erlangt ist[2]) und der Besitzer als Erbe besitzen will und besessen hat. Die besonders geartete Einstellung des Besitzers zum Besitzgegenstand hat in diesem Fall dem Gesetzgeber Anlaß zur Bestimmung eines besonders gearteten Inhalts der Herausgabeanspruchs veranlaßt. Ist so das Verhalten des Erbschaftsbesitzers zum Besitzgegenstand die Grundlage der Gewährung des Erbschaftsanspruchs und nicht das Bestreiten der Erbberechtigung des wahren Erben, so steht nichts im Wege die Vergünstigung des § 2018 auch dem Anteilserwerber zukommen zu lassen.[3]) Das Ergebnis Pringsheims ist auch unbillig. Es ist nicht verständlich, daß der Erbschaftsbesitzer aus der Anteilsabtretung bzw. aus dem Umstand, daß am Nachlaß auch Anteilserwerber beteiligt sind, zu Lasten dieser

[1]) Eine solche Verletzung läge etwa in der sittenwidrigen Beeinflussung des Erblassers, Testamente bestimmten Inhalts zu errichten, die die an sich Berufenen schädigen. Wegen einer solchen Handlung wären Schadenersatzansprüche nur aus § 826 BGB herzuleiten.

[2]) Ausnahme § 2030. Daß der Erbschaftskäufer, der vom Erbschaftsbesitzer erwirbt, dem Erbschaftsbesitzer selbst gleichgestellt wird, ist eine Härte des positiven Gesetzes.

[3]) Das Wort Erbe hindert dies nicht. Es steht hier aus demselben Grunde wie anderswo nichts vom Anteilserwerber im Wortlaut.

ohne Grund Nutzen ziehen soll.[1]) Eine unlösbare Schwierigkeit ergibt sich ferner in dem Fall, in dem ein Teil der Anteilsberechtigten Miterben, der andere Teil Anteilserwerber sind. Da der Anspruch zum Nachlaß gehört,[2]) kann er nur gemeinschaftlich von allen Mitgliedern der Erbengemeinschaft zusammen geltend gemacht werden.[3]) Wie soll das möglich sein, wenn die Anteilserwerber ihn nicht haben? Wollte man annehmen, daß der Erbschaftsanspruch, der ja nach Pringsheim nur in der Person der Miterben entsteht, auch diesen allein zustehen solle, so wäre die Annahme, daß der Anspruch zum Nachlaß gehöre, damit begrifflich nicht vereinbar. Wenn Pringsheim seine Ansicht endlich auf Sondernachfolge des Anteilserwerbers im Gegensatz zur Universalnachfolge des Miterben stützt, so ist ihm entgegenzuhalten, daß der Anteilserwerber das gebundene Miteigentum an den Nachlaßgegenständen auf dem Weg des § 2033 Abs. 1 nicht auf dem des § 2040 erlangt hat. Aus diesem Grunde ist er am Nachlaß ebenso mitbeteiligt und mitinteressiert, wie der veräußernde Miterbe es war. Die Rechte des Miterben, soweit sie übergehen, gehen uno actu über. Die Interessenlage ist die gleiche wie beim Miterben, darum muß auch die Entscheidung dieselbe sein.

---

[1]) Pringsheim Rechtsstellung S. 71.

[2]) Was Pringsheim Rechtsstellung S. 69 selbst zugibt. Pringsheim muß wegen der Unmöglichkeit, daß dem Miterben der Erbschaftanspruch und dem Anteilserwerber die Einzelansprüche zustehen, den Erbschaftsanspruch hier überhaupt untergehen lassen.

[3]) § 2040 Abs. 1. Dieselbe Schwierigkeit besteht im Fall des § 2039.

Lebenslauf.

Ich bin geboren zu Stuttgart am 25. August 1903 als Sohn des Schneidermeisters J. Brösamle und seiner Ehefrau Martha geb. Götz. Nach 3jährigem Besuch der Volksschule Kemnat trat ich 1913 in die Lateinschule Hohenheim ein und blieb dort 4 Jahre bis zu meinem Eintritt in das Karlsgymnasium Stuttgart. Im Frühjahr 1922 bestand ich die Reifeprüfung. Von da bis zum Sommer 1924 war ich im Bankfach tätig. Im Sommersemester 1924 bezog ich die Universität Tübingen um Rechtswissenschaft zu studieren. In Tübingen habe ich, mit Ausnahme des Sommersemesters 1925, in dem ich in Wien studierte, meine gesamte Studienzeit verbracht. Im Herbst 1928 bestand ich das Referendarexamen in Tübingen. Meine Referendarzeit verbringe ich bei den Stuttgarter Gerichten.

Kemnat, 11. Januar 1931.

Walter Brösamle.